

Г. К. ГИНС

и. д. профессора Юридического Факультета в Харбине.

G. K. GUINS LL.D.

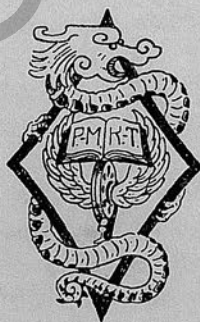
Professor of the Faculty of Law. Harbin.

ПРАВО НА ПРЕДМЕТЫ ОБЩЕГО ПОЛЬЗОВАНИЯ

Часть II.

СОВРЕМЕННОЕ ВОДНОЕ ПРАВО

Water course property rights.



ХАРБИН

Русско-Маньчжурская Книготорговля, Новоторговая 9 (66).

1928.



L. K. LIND
и д. профессор Юридического факультета в Харбинге
O. K. GUNDEL
Professor of the Faculty of Law, Harbin

ПРАВО НА ПРЕДМЕТЫ ОБЩЕСТВЕННОГО ПОЛЬЗОВАНИЯ

Людвиг Л.

Copyright 1928.

СОВРЕМЕННОЕ РУССКОЕ ПРАВО

Water course property rights



Типография „ЗАРЯ“, Сквозная, 1.

ОТ АВТОРА.

Много лет тому назад, еще до революции, в России, в связи с быстрым темпом развития сельского хозяйства, возник серьезный интерес к проблемам „водного права“. Составители законов о водопользовании, к чему и автор имел некоторое отношение, испытывали немалое затруднение в своей работе, вследствие недостаточной теоретической разработки вопроса.

В русской юридической литературе вопросы эти совершенно не разрабатывались. Вошедший в первую часть настоящей работы очерк водного права Туркестана составлен автором на основании материалов, собранных им на месте в 1909 г. Материалы, относящиеся к Закавказью, добыты были тогда же из дел Водного Управления в Тифлисе и впоследствии из архива Министерства Земледелия.

Перед Великою войной в Германии издан был ряд новых водных законов: Прусский водный закон 1913 г. представляет из себя целый кодекс. Несмотря на то, что эти законы дают много нового и для практических целей (как образцы) и для теоретического изучения, они даже в Германии не подверглись не только основательному теоретическому исследованию, но даже систематическому сравнительному изложению. Даже в немецких юридических словарях обзоры водного законодательства откладываются, очевидно вследствие трудности составления обзоров по сырым материалам.

Изучение Германских законов возможно, таким образом, только при помощи прекрасных комментариев, но они, конечно, не могут заменить сводных литературных обзоров с теоретическим освещением.

Таковы были условия составления настоящей работы, начатой в 1916 г., прерванной с наступлением революции и возобновленной в 1926 г. Как в виду неуверенности автора в возможности закончить этот труд, так и вследствие затруд-

нительности подбора и получения материалов, составление работы и опубликование ее в „Известиях Юридического Факультета“ в Харбине (т. т. I и III), производились по частям.

Вторая часть работы (современное водное законодательство) могла появиться в свет только благодаря исключительному вниманию со стороны Центральной Библиотеки К.В.ж.д., выписывавшей для этой цели почти все необходимые пособия.

Но составление по частям не могло, конечно, не оставить следов на построении работы. Кроме того, достать многие материалы (местные законы германских государств, сборники судебных решений и др.) было невозможно.

Стремясь к завершению начатого труда, автор руководствовался уверенностью, что собранные им материалы будут небесполезны и для русского законодателя, и для науки: водное право связано с учением о вещах общего пользования, оно представляет интересный материал для освещения вопроса о взаимоотношении частных и общих интересов, при существовании частно-правового строя, оно затрагивает, таким образом, животрепещущие вопросы современности.

„ 24 “ Февраля 1928 г.

г. Харбин.

ПРАВО НА ПРЕДМЕТЫ ОБЩЕГО ПОЛЬЗОВАНИЯ.

ЧАСТЬ II.

СОВРЕМЕННОЕ ВОДНОЕ ПРАВО.

Л и т е р а т у р а: В качестве важнейших источников, при изложении современного водного законодательства, в настоящей работе делаются постоянные ссылки и цитируются сокращенно, кроме указанных в первой части книг и курсов римского, гражданского и административного права и указываемых в примечаниях специальных работ, следующие пособия: Французское водное законодательство Fabreguettes; Traité des eaux publ. et des eaux privées 2 vol. 1911; Ch. H. Turgeon, De la possession annale des eaux courantes. Rennes 1922; Jean Durand—Dastès, Le nouveau statut légal des forces hydrauliques Françaises 1920; Баварский водный закон Das Bayerische Wassergesetz v. 23 März in seiner neuesten Fassung 2-e Aufl. Otto Eymann u. Otto Schubert. B. I 1926 г. B. II (7-9 Lief) 1927 г.; Das öffentliche Recht der Gegenwart B. XXII Bayerisches Staatsrecht (Die Staatsverwaltung) von M. V. Seydel §§ 240-250; Саксонский—Schelcher, Sächsisches Wassergesetz 2-e Aufl. B. I 1914 г. B. 1915 г.; Баденский—Dr. K. Schenkel, Badische Wasserrecht (W. gesetz 1899 г.) 2-e Aufl. 1902 г.; v. Wiener, Das Badische Wasserrecht (W. gesetz 1913) Ergänzungsband zur II Aufl. v. Dr. K. Schenkel, 1913; Прусский—Das Preussische Wassergesetz, Kommentare v. Holtz und Kreutz B. I 1914 г., B. II 1919 г. их же Handausgabe 2-e Aufl. 1922 Kommentare zum Preussischen Wassergesetz v. Kloess 1913 u. D. Preussische Wassergesetz von A. Born Berl. 1926; Тюрингенский—Beiträge zur Wasserwirtschaft. H. I: A. Köttgen—Grundprobleme des Wasserrechts u. B. Josephy Wirtschaftl. Probleme der Thüring. Wassergesetzgebung.

Другие источники и пособия подробно указываются в примечаниях.

ВВЕДЕНИЕ.

Современное водное право органически выросло из тех основ, которые заложены были римским и средневековым правом. Saeca sine historia jurisprudentia! Нужно знать римскую классификацию вод, римское понятие публичных рек и средневековые регалии, чтоб понять основные положения, которые до сих пор сохраняются действующими

гражданскими кодексами, не только отражающими исторические влияния и сохраняющими преемство с прошлым, но и подчиняющими влиянию этого прошлого новое законодательство.

На старых основах выросла, однако, новая сложная система специального водного законодательства, для которого отводятся уже отдельные кодексы. Здесь сказывается влияние настоящего. Современное хозяйство завоевывает воду, как раньше оно завоевало недра. В жарких странах вода всегда была одним из самых ценных хозяйственных благ и там, где реки разбирались по каналам и переходили в пользование земледельцев по долям, водное право носило всегда своеобразный облик. Следы его мы наблюдали и в римском праве (*aqua diurna* и *aqua nocturna*). Первая часть нашей работы, — „Основы водного права“, охватывала и этот материал: в ней изложено ирригационное законодательство, которое послужило образцом для системы норм, предназначенных регулировать интенсивное водное хозяйство.

То, что было раньше исключением, начинает становиться общим правилом. Помимо судоходства и сплава, реки используются для многообразных нужд сельского хозяйства и промышленности. Государство перестает быть только сторожем и опекуном тех рек, которые принадлежат к числу публичных, вследствие их предназначения для общего пользования. Помимо общего пользования, реки получают и различные виды назначения в других интересах. Государство получает, благодаря этому, возможность самостоятельно извлекать различные выгоды от владения водами или предоставлять эти выгоды другим. Собственность государства на текущие воды приобретает реальное значение. Но, государство связано публичным назначением вод. В отличие от частных собственников, оно не может распоряжаться этими объектами, считаясь только с выгодами сегодняшнего дня, и в силу предназначения вещей для общего пользования (особенность объекта), и в силу особого положения государства, как носителя власти, в интересах общего блага (особенность субъекта), собственность государства на воды может казаться своеобразною, отличающеюся от обыкновенной.

С другой стороны, исключительные права частных лиц на воды подвергаются все большим ограничениям. Круг лиц и предприятий, заинтересованных в использовании вод, значительно расширяется. Интересам народного хозяйства в целом соответствует удовлетворение потребностей тех лиц и предприятий, которые лишены преимуществ берегового владения. В связи с этим усиливается сознание, что воды представляют из себя благо крупного общественного значения и создается тенденция обобществления их. Помимо судоходных и сплавных рек в категорию публичных вод включаются и другие вод-

ные течения. Маленький источник, приобретающий исключительно важное значение для водоснабжения крупного населенного центра, подчиняется тому же режиму административного надзора, как и большая река. Расширение круга пользователей вызывает необходимость и в расширении полномочий власти, для урегулирования сложных взаимоотношений. Таким образом картина правоотношений значительно изменяется.

Водное право все в большей степени проникается публично-правовыми началами.

Неудивительно, что при таких условиях изменяется и постановка теоретических проблем. В то время, как раньше говорилось только о том, могут ли воды быть предметом права собственности, теперь возникает еще вопрос о характере собственности государства на воды: если собственность существует, то является ли она обыкновенною собственностью?

Меняется также постановка вопроса о праве пользования водою, когда это право распространяется и на забрежных владельцев и на лиц, получающих права на воду в порядке предоставления им концессий.

Таким образом, в порядке возрастающей сложности, изложение современного водного права заставляет вновь возвратиться к теоретической стороне вопроса и изложить те новые точки зрения и теории, которые приобретают значение для освещения и изучения проблем водного права, в связи с современным развитием и постановкою водного законодательства. В этих теориях преобладает влияние публично-правовых точек зрения, сближающих водное право с административным и отдаляющих его от права гражданского.

Особенно наглядно это преобладание публично-правового элемента в институте водных товариществ.

Тем не менее, цивилистическая сторона вопроса продолжает существовать и при действии нового водного законодательства: оно признает и право собственности на воды и другие частно-правовые отношения, в связи с правом на воды. Цивилистический анализ современного водного права, попрежнему, необходим, не только для проверки принципиально уже разрешенного вопроса о возможности права собственности на воды (см. ч. I гл. IV), но и для углубления его. В теоретических обзорах современного водного права ставится уже вопрос не только о способности вод быть объектом права собственности, но, как уже указано, и о характере права собственности на воды, если таковая признается,—обыкновенная ли это собственность или особая „публично-правовая“ (Oeffentliches Eigentum). На ряду с этим обсуждается вопрос, что именно является объектом, самая вода или только

ложе (земельное пространство, покрытое водою) или, наконец, ложе вместе с водою, на нем находящеюся, и создаются многочисленные конструкции различных оттенков.

В дополнение основных, уже изложенных нами (ч. I) теорий водного права приведем характеристику всех разнообразных конструкций, пользуясь (с некоторыми изменениями) перечнем, заключающимся в новейшем, не законченном еще, комментарии к Баварскому водному закону Эймана и Шуберга¹⁾.

1. Е. Губер признает господство над водами составною частью земельной собственности²⁾, и не считает воду, пока она не отделена от ложа, за самостоятельный объект.

Частная собственность распространяется на берег, ложе и воду, в этом ложе находящуюся, хотя бы она и была текучею. Следовательно, вода, находящаяся в каждый отдельный момент на соответствующем пространстве, принадлежит вместе с этим пространством собственнику его.

2. Несколько отличного взгляда придерживается Ранда, который говорит о праве собственности на землю, покрытую текучею водою, не распространяя этого права на самую текучую воду. В отношении последней, по его мнению, существует только преимущественное право пользования³⁾.

3. Аштром⁴⁾, как уже достаточно подробно нами было изложено, (гл. IV), говорит о праве собственности на самую воду реципиентов (водных бассейнов), причем признает это право принадлежащим совокупности водопользователей.

4. О Майер⁵⁾ и Колер⁶⁾ считают возможною только собственность на берег и ложе рек, а не на воду, в отношении которой существует только вещное право пользования (*dingliches Benutzungsrecht am Wasser*).

5. Каппелер⁷⁾ отрицает возможность собственности как на текучую воду, так и на ложе, покрытое текучею водою. Первая не может

¹⁾ Otto Eymann u. Otto Schubert—„Das Bayerische Wassergesetz v. 23 März 1907 г. 2-е A. 1927 г. B. II s. s. 482-485.

²⁾ E. Huber—Die Gestaltung des Wasserrechtes im Künftigen Schweizerischen Rechte, отд. оттиск из Ztschr. f. Schweizerisches Recht B. XIX der neuen Folge Heft 4 Bas. 1900 г. стр. 518.

³⁾ Randa—Das Eigentumsrecht L. 1884 стр. 93. Эйман приписывает этот взгляд Оссигу (Ossig—Römisches Wasserrecht), но взгляд последнего представляется нам совпадающим со взглядами Губера и Нефедьева (см. выше гл. IV).

⁴⁾ Aström, Das Wasserrecht in Nord u. Mittel Europa, 1905 стр. 16-22.

⁵⁾ О. Майер в словаре государственн. и административн. права v. Stengel'я статья „Flüsse“.

⁶⁾ Dr. J. Kohler, Lehrb. der Rechtsphilosophie II Aufl., 1917 s. 113.

⁷⁾ Kappeller, Das Recht des Wasserlaufs s. 103-104.

быть объектом собственности, по своим свойствам, второе—по фактической невозможности господства, оно, как и воды, должно быть рассматриваемо как *res extra commercium*.

6. Кроме⁸⁾, Эндеманн⁹⁾, Дернбург¹⁰⁾ и др., опираясь на римское право, считают воду за *res communis omnium* и признают, поэтому, возможность особых вещных прав на нее лишь в силу к.-л. специальных актов. По общему же правилу, собственность существует только на береговую полосу и русло, а на воду только фактическое пользование, при котором береговые владельцы обладают естественным преимуществом перед прочими.

7. О. Майер, взгляд которого на водное право вообще уже приведен (п. 4), по отношению к водам, признаваемым, в виду своего особого значения публичными (сюда принадлежат, главным образом, постоянно текущие или судоходные), высказывается в том смысле, что они не могут быть предметом частной собственности, так как это противоречило-бы их назначению. Только государству, которое представляет общие интересы, может быть предоставлено обладание, осуществляемое им с соблюдением интересов всего населения. Праву государства О. Майер присваивает наименование „публичной собственности“ (*oeffentliches Eigentum*), имеющей своеобразную природу,—собственность, которая должна быть использована в интересах не самого собственника, как такового, а в интересах общего блага. Публичное имущество, по учению О. Майера, не только принадлежит государству, но и имеет определенное общественное назначение, отличаясь этим от обыкновенного финансового имущества¹¹⁾.

8. Наконец, Винер¹²⁾, несколько детализируя предыдущую теорию и приближаясь к положительному праву (баденскому закону), предусматривает возможность разделения свободно текущих вод между государством и общинами.

Уже этот краткий перечень различных воззрений на сущность водного права свидетельствует о том, как много вопросов и сомнений теоретического характера вызывает юридический анализ правоотношений по водопользованию.

Чем сложнее водное законодательство, тем настоятельнее становится его теоретическая разработка и тем больше вопросов эта разработка вызывает.

В частности, развитие водного права заставляет остановиться на вопросе о том, какое место в системе оно должно занимать.

⁸⁾ Crome, System d. deutsch. bürgerl. Rechts B. I стр. 299.

⁹⁾ Endemann, Lehrb. d. bürgerl. B. 8/9 Aufl. 1905, B. II Abth. I стр. 16 и 511.

¹⁰⁾ Dernburg, D. bürgerl. Recht des deutsch. Reichs. u. Preussens III A. 1904 B. III s. 408.

¹¹⁾ Otto Mayer—Deutsches Verwaltungsrecht B. II 2-е A 1917 г. § 35.

¹²⁾ Wiener, Bad. Wasserrecht стр. 6.

В современной научной систематике водное право бесприютно и беспризорно, можно говорить о классификационной беспаспортности его. То оно появляется в курсах гражданского права в виде краткого экскурса в отделе вещных прав (право собственности на воды) или в учении об объектах (воды, как *res publica in publico usu*), то излагается в курсах административного права, которое в последнее время, под влиянием Отто Майера, все более расширяет учение о публично вещных отношениях и об особой публичной собственности, то, наконец, находит себе приют в самой новой категории еще очень неопределившегося „хозяйственного“ права, ни природа которого (частное или публичное), ни объем содержания далеко не выяснены.

А между тем водное законодательство расширяется и так же, как право горное или лесное, давно уже ищет пристанища и сближения с другими институтами и с уже установившимися понятиями.

Появление в современных курсах гражданского права новой категории абсолютных прав, так назыв. прав присвоения, немало обязано теоретическому освещению вопросов из области горного права и права охоты и рыбной ловли, и, конечно, в эту категорию могут вместиться и различные правоотношения из области права на воды. Существующая система может быть обогащена новым материалом, извлекаемым из специальных законов, посвященных водопользованию. Здесь найдутся и своеобразные „служебности“, различные обременения собственности и своеобразная система регистрации прав (водные книги) и обширный материал для отдела концессионного права и новая форма товарищеского объединения.

Но, существующая система недаром подходит к материалу водного права с сугубою осторожностью. Распределению этого материала по готовым ящикам установившихся понятий должно предшествовать основательное изучение водного права, исследование теоретической природы его институтов.

Достаточный материал для изучения современного водного законодательства представляют наиболее разработанные законы Франции и отдельных германских государств. Последующее изложение не ставит своею задачею исчерпывающую характеристику действующих водных законов, ограничиваясь тем, что ближайшим образом соприкасается с теоретическими вопросами или представляет практический интерес *de lege ferenda*, как образец для будущего водного законодательства. Но, попутно с изложением отдельных вопросов водного права, приводятся (ср. гл. IX) краткие сведения о водных законах, действующих в различных странах.

ГЛАВА V.

ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ПРЕДПОСЫЛКИ СОВРЕМЕННОГО ВОДНОГО ПРАВА.

1. Понятие собственности в применении к водам. Статическая и динамическая собственность (Шпенглер, Дю-Шен). Собственность, как обязанность и как непосредственное господство. Невозможность выяснения положительного содержания правомочий собственника. Различие „потенциала“ собственности, в зависимости, от предмета обладания. Предмет собственности при землевладении, отсутствие детализации. Территориальная сфера господства. Возможность включения вод в эту сферу. Предпочтительность такой конструкции перед перечнем отдельных правомочий собственника. 2. Публично-правовая собственность. История появления этого понятия. Теория фиска. История „смешанных“ институтов. Развитие самостоятельных административно-правовых понятий. Учение О. Майера. Соответствие этой теории тенденции современного правосознания. 3. Учение публицистов об общем пользовании. Отрицание правового характера общего пользования. Учение о публичных и частных (суб’ективных) правах. Сопоставление права общего пользования с публичными правами. Частно-правовые его особенности. 4. Хозяйственное право. Различные подходы к этому понятию. Гедеманн. Нуссбаум. Гольдшмидт. Вестгоф. Отношение хозяйственного права к категориям публичного и частного права. Применение его к учению о предметах общего пользования. Учение Гольдшмидта о поделенной собственности в применении к водному праву. Критика идеи „хозяйственного права“ с точки зрения системы права и его классификации. Выводы.

I.

Понятие права собственности в применении к водам.

Наибольшие трудности в теории водного права представляет, как мы уже видели (гл. IV), то, что текучая вода ускользает от непосредственного господства, которое искони считается основным элементом понятия собственности. Поэтому собственность на текучую воду почти всеми юристами признается невозможной и до-

пускается только право пользования и присвоения воды или признается собственность на землю, покрытую текучею водою, но не на самую воду.

Такая постановка вопроса о праве на воду, в связи с различного рода сомнениями, не исключаящими, однако, мысль о полном господстве над водою, заставляет подойти к вопросу с точки зрения самого понятия собственности. Так как водное право, в его современном виде, явление новое, возникшее вследствие интенсификации хозяйства, то возникает мысль, не представляется ли необходимым, взамен простого исключения его привычных категорий или насильственного втискивания в них, пересмотреть некоторые основные понятия гражданского права, не вмещающие уже новые явления, т. е. прибегнуть к средствам ревизионного характера. Такой вопрос может быть, в частности, поставлен в отношении понятия собственности. Существуют, например, попытки отойти от римского понятия собственности, слишком „статического“ по своему характеру и, в соответствии с новыми потребностями оборота, установить другое „динамическое“ понятие собственности¹⁾.

Эта попытка внести что-то новое в понятие собственности в действительности скользит по поверхности его, ничего не прибавляя и не изменяя в нем. Если исходить из положительного права, то последнее не предполагает, что господство собственника постоянно распространяется на все составные части принадлежащей ему вещи. Право собственности, как оно определяется в новейших кодексах, обеспечивает возможность господства в самом широком смысле²⁾.

Юридическая трактовка собственности в современной юридической литературе тоже не подверглась каким-либо существенным изме-

¹⁾ Мысль о преобладании в римском и современном гражданском праве статического элемента в понятии собственности высказана была О. Шпенглером в его „*Untergang des Abendlandes*“ (II, 97). По поводу замечаний Шпенглера, Du Chesne в статье *Dynamisches Eigentum* (Archiv für Rechts und Wirtschafts Philosophie Bd. XVIII H. 3) доказывает, что современное право, вопреки мнению О. Шпенглера, обладает достаточно динамичностью (стр. 463 и 468). Эта динамичность может быть выражена формулой: „вещь находится в моей собственности“, что показывает ее назначение служить целям, средствам и созданиям людей. Формулой, отражающей статический характер, была-бы фраза: „вещь—моя собственность“, в которой звучит какая-то замкнутость. Для перехода к „динамической“ собственности надо „перенести центр тяжести из простого обладания в пользование“ (Köttgen-Grundprobleme des Wass. r. стр. 31). „Содержанием собственности должны быть, прежде всего, наиболее широкие возможности пользования“.

„Собственность на публичные воды можно было-бы без труда обосновать, при понимании ее содержания, как правомочия собственника на наиболее полное использование“ (там-же стр. 24 и 45).

²⁾ Ср. § 903 В. Г. В.—„Собственник вещи, поскольку этому не препятствует закон или права третьих лиц, может распоряжаться вещью по усмотрению, с исключением всякого постороннего вмешательства“.

нениям. Правда, ныне особо подчеркивается существование юридических границ собственности, но они всегда существовали³⁾.

Подчеркивается также, что собственность в современном праве не только правомочие, но и обязанность („собственность обязывает“, по германской конституции 1919 г. ст. 153, абз. 3, „пользование ею должно быть направлено на общее благо“), но и это также по существу не ново, так как не сопровождается видоизменением самого института собственности и выражает лишь мысль о социальном значении собственности, что всегда было, но не всегда понималось⁴⁾.

При определении права собственности, одни ученые, преимущественно романисты (Иеринг, Дернбург), следуя определению римлян (*jus utendi et abutendi*), усматривают центр тяжести в положительной материальной стороне этого права, как полного, или, по крайней мере, наиболее полного из допускаемых законом видов господства лица над вещью, т. е. анализируют этот институт с точки зрения правомочий собственника; другие (Шлоссман)—в отрицательной стороне, в защите от третьих лиц, в гарантиях от их вмешательства, иначе сказать, центр тяжести перемещают в обязанности⁵⁾.

3) Randa Eigentumsrecht, 1884 г. § 5, стр. 95, указывая на существование границ использования, поясняет, что „безграничная эксплуатация собственности“ противоречила бы этической идее общежития, которому собственник обязан признанием и защитой его права. Ср. ст. А. Э. Нольде „Новейшие учения о праве собственности“ (Вестник Права 1904 г. кн. 7), где указаны разнообразные ограничения права собственности, существовавшие в римском праве, несмотря на общую тенденцию этого права обеспечить эксклюзивность римской собственности.

4) Огюст Конт оправдывал собственность тем, что она прежде всего—общественная обязанность. Положительное законодательство вносило в нее новое содержание.

„Начиная со второй половины XIX столетия уже современный правопорядок своим социальным законодательством совершенно изменил понятие частной собственности, лишив ее характера исключительности и неограниченности“ (Кистяковский „Социальные науки и право“ стр. 579).

Здесь смешивается правовая и социологическая точки зрения, что особенно сильно проявляется в учении Дюги о трансформации собственности в социальную функцию (ср. L. Duguit—Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat 3-e ed. P. 1922 p. p. 154-155: la conception de la propriété, droit subjectif disparaît pour faire place à la conception de la propriété fonction sociale. Теория Дюги разобрана у И. А. Покровского (Основные проблемы гражданского права П. 1917), в связи с учением Шварца, пытавшегося упразднить понятие субъекта (ср. нашу небольшую статью—„Необходимо ли понятие субъекта в гражданском праве“. Право 1912 г. № 46).

5) Endemann—Lehrb. d. Bürgerl. R. B. II 8-9 Aufl 1905 г.: Eigentum ist das vermutlich umfassendste oder höchste Recht an der Sache (стр. 435). Таково типичное определение с точки зрения полномочий собственника. Но, Эндеман отмечает, что право собственности усиливается его отрицательным действием. Wolff (Enneccerus—Lehrb. des Bürgerl. R. B. II) определяет собственность, как наиболее полное господство (стр. 141). Обычное определение и у Cosack Lehrb. B. П. стр. 128. Ср. Рязановский „Лекции по гражданскому праву“. В. III, стр. 27; Синайский „Русское гражданское право“. Вып. I, изд. 2, § 22 стр. 144; Шершеневич—„Учебник русского гражданского права“ изд. 9 § 21: „определение права собственности представляет значительные затруднения, несмотря на видимую его простоту и ясность. „До сих пор в науке не установлено точное понятие о нем“.

Л. И. Петражицкий,⁶⁾ применяющий, в отличие от других названных авторов, психологический метод изучения природы института, предлагает, согласно своему учению о двусторонней природе каждого права, характеристику собственности с точки зрения и обязанности и права. Он определяет собственность, как сочетание: а) обязанности „всех и каждого“ терпеть всякие воздействия на вещь со стороны собственника, т. е. правомочия собственника на всякие, какие ему заблагорассудятся, воздействия на вещь.... кроме, разве, особенно изъятых (правом данного времени, данного места) и б) свободы от всяких (кроме особо изъятых) посторонних воздействий. Наличие этого определяет право свободно распоряжаться вещью. Следовательно, собственность состоит в сочетании правомочия делать что либо, напр., пользоваться и вообще делать что угодно с данною вещью, обязанности других терпеть надлежащие действия, с отрицательным притязанием на то, чтобы другие воздерживались от соответственных действий, напр., от пользования и иного воздействия на данную вещь“⁷⁾.

Основанием правомочий собственника являются „общие“ обязанности терпеть его действия и воздерживаться от вмешательства в них. Поэтому положительное содержание собственности никогда не может быть более или менее точно выражено: оно заключает в себе, как говорит Л. И. Петражицкий, „право на всевозможные виды пользования вещью, вообще множество разных специальных и частных прав“⁸⁾.

Повторяя ранее уже нами употребленное выражение, мы можем охарактеризовать содержание правомочий собственника, как некоторый „потенциал“⁹⁾. Объем этого потенциала очень разнообразен. Собственник апельсина и собственник имения, формально обладающие одним и тем-же правом, в действительности обладают совершенно различными потенциалами¹⁰⁾.

Эта мысль высказана и в объяснительной записке, доложенной представителем прусского министерства юстиции в комиссии верхней палаты (Hegenhaus): „собственность определяется в каждом случае свойствами своего предмета. Собственность на земельный участок по содержанию своему иная, чем на движимые вещи, собственность на застроенный участок иная, чем на участок, используемый для сельскохозяйственных целей. Так и особенности права собственности

⁶⁾ „Теория права и государства“ 2 изд. т. I стр. 190, 193-194. Ср. его-же т. II стр. 443, 455, 677.

⁷⁾ Петражицкий там-же стр. 445.

⁸⁾ О. с. стр. 455.

⁹⁾ См. выше гл. IV („Известия Юрид. Ф-та“ т. III стр. 153).

¹⁰⁾ Ср. Du Chesne о. с. стр. 453: „Zum Grundstück kann der Mensch nicht wie zum Baumfrucht mit den Worten der Fabel sagen: „Du bist mein, denn ich bin gross und du bist klein“.

на воды проистекают из самой природы текучей воды. Существенная особенность заключается в том, что нет владения на текучую воду, как таковую, и что, поэтому, не может быть притязания на возвращение взятой воды или преследования за кражу¹¹⁾.

Таким образом, существующие теоретические понятия собственности и законодательные ее определения достаточно широки и могут быть применимы к разнообразным объектам. Если объектом права собственности на имение считать землю, а под правом собственности понимать наиболее полное господство лица над вещью, то нельзя не признать, что такая „вещь“, как огромное земельное пространства включающее леса, воды, недра, в противоположность движимой вещи (напр., апельсину), составляет предмет непосредственного господства только в описательном смысле. Собственность на имение включает в себе *implicite* и все так называемые права присвоения: право охоты, рыбной ловли, эксплуатации недр; при чем все эти отдельные права поглощаются общею формулою: право на землю включает в себя и право на все, что находится на земле, под землею и над землею. Но если кто-либо владеет правом собственности на лес, то принадлежат ли ему и все дикие, в том числе и пернатые, обитатели леса? Охота в чужом имении представляет из себя, прежде всего, самовольное вторжение в чужую территорию, вторжение в чужую сферу обладания, а не воровство¹²⁾. Браконьер отнюдь не вор, так как нельзя считать, что вся дичь или все зверье принадлежит собственнику земли¹³⁾.

¹¹⁾ Цитата эта заимствована из комментария Holtz-Kreutz—к § 7 Прусского водного закона. В. 1 стр. 47. Этот же материал использовал A. Born в комментарии к тому же § 7: „впрочем собственность на текучую воду, находящуюся в состоянии естественной свободы, не может быть предоставлена в том же смысле, как на другие телесные вещи“ (стр. 14).

¹²⁾ Ср. Уст. Нак. ст. 146 (Прод. 1906 г.), особенно прим. I: „нахождение внутри земельных или лесных угодий, вне дороги, с ружьем или какими-либо снарядами для ловли дичи признается за производство охоты“. Однородные постановления заключались в Уставе Нак. относительно „самовольного добывания на чужой земле драгоценных камней“, „самовольной рыбной ловли“ (ст. 145, ст. 146).

Hedemann (о. с.) определяет содержание права охоты и рыболовства, как право присвоения зверья и дичи в определенных границах, на которых разрешается охотиться.

¹³⁾ Иначе подходит к этому вопросу Проект Гр. Улож. гласивший: „Кто охотится на чужой земле или ловит рыбу в чужих водах, не имея на то права, тот не приобретает права собственности на убитое или пойманное животное и обязан возместить убытки собственнику земли или воды“ (ст. 856 п. 1).

Незадолго до войны, русским правительством был издан закон, согласно которому объявлялись собственностью государства иодосодержащие водоросли в прибрежной полосе Тихого океана. Однако, едва ли прокуратура преследовала бы нарушителей закона, как воров, так как смысл его заключался только в установлении государственной монополии, добычи и эксплуатации этих водорослей, а вовсе не собственности на все водоросли.

Во всех случаях конструктивные вопросы разрешаются легче, если проанализировать содержание тех действий или воздержаний, которые составляют существо прав. Природа многих прав, при таком анализе, приобретает иное значение, чем обычно при-

Германский цивилист Вольф считает правильным даже выделять право охоты из полномочий собственника: „право охоты теперь, согласно § 96 B. G. B. составная часть участка, а не собственности“¹⁴).

Если, таким образом, даже в отношении земельных имуществ представление о собственности, как о непосредственном господстве над вещью не исчерпывает вопроса, то неудивительно, что оно вызывает еще более сомнений при характеристике права на воды, где объект права („вещь“ по традиционной терминологии) является гораздо менее определенным.

Применение понятия собственности к водам, тем не менее, освящено законодательством и потому нельзя ограничиться одним указанием на теоретические трудности, которые это применение вызывает, но надо попытаться найти путь к их устранению.

Право собственности является абсолютным „вещным“ правом. Представление о собственности всегда связывается с каким-либо предметным дополнением¹⁵). Собственность на имение вызывает прежде всего представление о земельной территории, определяющей пределы частного правового господства¹⁶). Представление, которое связывается с понятием права на реку, не включает в себя массу текучей воды, а связано опять-таки с земельным пространством, покрытым текучею водою, как определяются „воды“ в положительном праве. Право на „воды“, обязанность других терпеть всякие действия управомоченного и не вмешиваться в сферу его господ-

писывается им юриспруденцией. Так, напр., право охоты заключается не в одном только праве присвоения добычи, но и в праве охотиться. С точки зрения закона, устанавливающего период охоты, важно не присвоение и не намерение присвоить, а самое стрелание и убивание дичи или зверя в неуказанное время, т. е., процесс охоты.

По поводу обособления некоторыми юристами (Рязановский „Лекции“) категории прав присвоения от вещных прав, следует отметить, что в действительности к этим правам причисляются и такие, которые очень мало отличаются от сервитутов, напр., лесного, т. е. права пользования строевым и дровяным лесом, или сервитута, управомачивающего на взятие воды—*serv. aquae haustus* и др., относимых, однако, к вещным правам. Иначе смотрит профес. Синайский (Русское гражданское право В. I, изд. 2). В новейшем издании своего курса („Основы гражданского права“, Рига 1926 г. Вып. II стр. 85) он определяет это право так—„Право присвоения есть такое своеобразное вещное право того или другого лица, в силу которого это лицо в праве обратить в свою собственность чужую вещь или ее ценность.“ Вольф определяет право присвоения, как особый вид вещного права: „*Das Aneignungsrecht ein eigenartiges dingliches Recht an herrenlose Sache*“ (Enneccerus, Lehrb. B. II стр. 239). Из этого определения видно, впрочем, что оно относится лишь к ограниченному кругу прав присвоения (бесхозяйных вещей).

¹⁴ В. II 5-е 1923, стр. 242.

¹⁵ Л. И. Петражицкий рекомендовал классифицировать абсолютные частноправовые нормы на „предметные“ и „беспредметные“. Предметные обнимают „вещные“, „наследственные“ и др. права, которые представляются всегда с предметным дополнением (представление вещи, имущества и пр.) О. с. т. II стр. 677-678 прим.

¹⁶ Менее существенным является представление территории для публично-правового властвования: здесь на первом плане стоит представление подчиненных, иерархического признака, а территория, (географические пределы власти), является уже дополнительным признаком.

ства, может касаться не только земельного пространства, покрытого текучею водою, но и самой воды. Никто не имеет права ни делать отвода воды для целей орошения, ни ловить рыбу, ни использовать двигательную силу воды. В этом случае право собственности распространяется и на всду. Конечно, непосредственного господства, как определяли раньше собственность, здесь не будет, но, мы уже видели, что господство, о котором говорят, определяя право собственности, вовсе не выражается в одинаковых формах, а зависит от характера и свойств объекта. Включение воды вместе с земельным пространством в „предметное“ представление, индивидуализирующее право определенного собственника, означает, что последний в принципе обладает неопределенною суммою полномочий по распоряжению и использованию как земли, так и воды, а другие, поскольку они не приобрели каких-либо особых прав, наоборот, обязаны воздерживаться от каких-либо действий, касающихся земли и воды.

Таково содержание права на воды, когда оно связывается с правом на земельное пространство, покрытое водой. В этом смысле каждый землевладелец может быть собственником и той части реки, которая входит в границы его владений. Но можно исключить из владения частных лиц ложе рек и подчинить все пространство, покрытое текучею водою, одному хозяину—государству, которое в этом случае и будет собственником рек, в том смысле, как мы это понимаем в отношении частных лиц: объектом права собственности государства будет служить земля, покрытая текучею водою, индивидуализировать право собственности государства будет территориальная сфера господства, а потенциалом собственности будет служить совокупность тех различных хозяйственных действий, какие только представляются практически возможными¹⁷⁾.

Раз право на реку распространяется на территорию, покрытую текучею водою, и, следовательно, здесь есть территориальная сфера господства, то другие добавочные признаки (покрыта ли эта территория водою, или лесом, или посевами) не существенны. Право собственности имеет необходимое для него предметное дополнение и является во всех случаях (пахотные, лесные, водные владения) одинаковым по своей природе. Различен лишь фактический состав

¹⁷⁾ Мыслимо, однако, что и сама вода, как таковая, и при том не только находящаяся в водовместилищах (замкнутые воды), но и текучая, и при том, независимо от земельного пространства, по которому она протекает, будет составлять „вещь“—объект собственности. Такова психология водного права в ирригационных странах и здесь законодательство соответственным образом определяет и регулирует право на воду. Теоретически возможна и та и другая система, положительное законодательство не расходится с теорией. Примеры такого законодательства см. ч. I. гл. III.

(потенциалы) собственности, объем и виды использования права собственности, но не самое право.

Мы уже установили, что положительное содержание права собственности не определяется и что эта неопределенность его содержания является характерным свойством собственности, как „общего“ правомочия, вытекающего из обязанностей других лиц терпеть всякие действия собственника (кроме, разве, специально запрещенных) и не вмешиваться в его сферу господства¹⁸⁾.

Конечно, теоретически допустимо, что право на воды будет рассматриваться, как сумма специальных полномочий: права вывода воды для орошения, права на двигательную силу, права на рыбную ловлю и т. д. Но можно конструировать право на воды (пространство, покрытое текучею водою), как собственность, т. е. как общее правомочие, не только покрывающее все отдельные специальные права, но заключающее в себе (потенциально) и различные возможности, трудно учитываемые¹⁹⁾.

Признание права собственности на „воды“ устраняет необходимость перечисления полномочий, упрощает вопрос и в то же время открывает больше возможностей для управомоченного лица.

В материалах, относящихся к изданию прусского водного закона, это было принято во внимание. В цитированном уже комментарии к этому закону говорится: „признание частной собственности на водные течения послужило твердою почвою для построения системы водного закона, которая дает возможность, в дополнение к уже существующим, согласно Германскому Гражданскому Уложению, институтам и в согласии с ними, установить частно-правовое обладание водными течениями и конструировать его ясно и всеохватывающе“, *luckenlos*²⁰⁾.

Признание права собственности на воды имеет последствием возможность отразить всякие неправомерные покушения со стороны третьих лиц, в частности и со стороны владельца вышележащего прибрежного участка, и, при том, без специального доказыванья, что этим посягательством причинен ущерб собственнику, и независимо от юриди-

¹⁸⁾ Ср. *Hedemann Sachenrecht des B. G. B.—1924 г.* Господская власть собственника неисчерпаема. Если возникает новый вид хозяйственного использования вещи или получает применение в подлежащей местности, то собственник в отличие от пользователя сейчас же может применить его по отношению к своей вещи (стр. 68-69).

¹⁹⁾ Ср. определение собственности у *Randa*, который считает ошибкою более древних юристов, что они пытались определять собственность, как сумму полномочий, в то время, как понятию собственности присуща безграничность. Собственность—это высшее юридическое полномочие, представляющее господство над вещью во всех отношениях, а, не сумма нескольких полномочий, из которых то или другое может быть отделено. Поэтому, говорит Ранда, когда устанавливаются сервитутные, залоговые и друг. права, то это самостоятельные права, а не выделенные из собственности элементы (*Eigentumsrecht* ss 6, 9-10).

²⁰⁾ *Holtz-Kreutz B. I 48.*

ческих последствий, связанных с причинением ущерба. Из права собственности на водное течение проистекает право пользования водою всяким, какой можно только вообразить, способом, если только нет определенного воспреещения в законе²¹⁾.

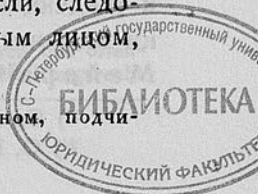
Все это совершенно правильные положения. Право собственности обязывает к терпению всех допустимых законом действий собственника на определенной территории и, следовательно, открывает ему свободу хозяйственной и иной деятельности (даже нехозяйственной, поскольку ее допускает закон). Поскольку, следовательно, не существует специальных ограничений в отношении вод, право собственности распространяется и на них, в смысле наиболее полной свободы хозяйственной деятельности, которой другие не могут препятствовать²²⁾. Описательно это правомочие может быть названо непосредственным господством над водами, хотя, по существу, правильнее говорить не о господстве, а о полной свободе хозяйственной деятельности. Собственник земли может использовать протекающую или находящуюся на нем воду любым способом в своих и чужих интересах, может пользоваться любыми полезными ее свойствами (орошение, двигательная сила), может присвоить себе ценности, которые вода заключает или дает (рыба, лед, песок, камыш), может купаться, ездить и т. д. Все это различные виды действий, на которые имеет право хозяин и которые обнимаются собственностью.

Таково право на воды, поскольку оно проистекает из права собственности на землю, покрытую водою, и распространяется на все, что в пределах территориального владения находится.

Легко конструируются и те правоотношения, которые заключаются в признании отдельных прав пользования водою, независимо от права собственности на землю. Пространство, покрытое текучею водою, принадлежит, скажем, прибрежным владельцам, но и забрежные владельцы имеют право отвода воды для орошения. Нет надобности прибегать здесь к искусственной конструкции сособственности. Мы имеем просто случай ограничения прав собственников, вследствие предоставления другим лицам возможности совершать известные действия в свою пользу. Таково-же право ловить рыбу в чужой реке, право стирать белье или пользоваться водоемом. Хотя все эти права распространяются на одну и ту же трудно уловимую „вещь“ (текучую воду), но они имеют различные объекты, так как их предметом являются различные действия в одной и той же сфере господства. Если, следовательно, эта сфера господства закреплена за определенным лицом,

21) A. Born o. c. стр. 14; Holtz-Kreutz B. I, 46-47.

22) Так это и принято, как мы увидим далее, прусским водным законом, подчиняющим праву собственности все элементы „вод“: ложе, берег и воду.



собственником, то отдельные виды пользования, подобные перечисленным, должны рассматриваться, как ограничения собственности, если же исключительных прав собственности частных лиц или государства не существует, то каждый отдельный вид пользования может быть рассматриваем, как самостоятельное право, юридическая природа которого подлежит выяснению.

Итак, в том случае, когда право на воды связывается с правом на землю, для юридической конструкции водного права несущественны те особенности текущей воды, которые не позволяют считать ее „вещью“. Для собственности достаточно наличия земли, территориальной сферы господства, все остальные хозяйские права собственников и в том числе право на воду являются производными от права собственности на землю и обособления воды, как особой вещи, не требуется.

В том же случае, когда, как это бывает при ирригационном хозяйстве, право на воду совершенно независимо от права на землю, по которой вода протекает²³⁾, оно конструируется иначе. В странах ирригационных, где вода разбирается по оросительным каналам (ср. гл. III), мыслимо либо объявление рек и озер собственностью государства и распределение им вод по началу фискальной выгоды или по соображениям общественной полезности, либо, что гораздо сложнее, представляется возможной организация коллективного обладания совладельцев.

II.

ПУБЛИЧНО-ПРАВОВАЯ СОБСТВЕННОСТЬ.

Другой вопрос, которому теория водного права уделяла немало внимания и к которому приближают нас только что изложенные соображения,—это вопрос о публично-правовом и частно-правовом элементе в праве на воды. Является ли право собственности государства на воды обыкновенною собственностью гражданского права или особою „публичною“ собственностью (фидуциарного характера). Не являются ли публично-правовыми права отдельных пользователей, в особенности основанные на признании вод предметом общего пользования или на концессионном акте, предоставлении права пользования государством? Вопросы эти возникают в связи с теми новыми понятиями и тенденциями, которые принесло с собою современное развитие науки административного права. Под влиянием, главным образом, Отто Майера²⁴⁾, административное право ввело в обиход терминологию,

²³⁾ См. выше прим. 17.

²⁴⁾ О. Mayer—Deutsches Verwaltungsrecht B. I и II.

параллельную гражданскому праву: публичная собственность, публичный договор, публичное представительство, публичное товарищество. Курсы публично-вещного права как будто задались целью отвоевать у гражданского права значительную часть его владений.

Процесс развития этой науки впервые изобразил другой крупный германский административист, Флейнер, в брошюре, посвященной вопросу о влиянии публичного права на цивилистические институты²⁵).

Он считает отошедшею в вечность ту систему обособления государства в его публично-правовых и частно-правовых отношениях, которые известны под именем теории фиска. Конечно эта теория имеет крупные исторические заслуги. Она приучила к мысли, что государство не всегда является носителем власти, что оно может рассматриваться в имущественных отношениях, как частное лицо, вследствие чего споры государства с подданными в этой области подлежат компетенции общих судов и подчиняются гражданскому праву.

Дуализм понятий государства и фиска был, однако, признан неудовлетворительным с теоретической точки зрения. „Один и тот же субъект на одну и ту же вещь имеет и частное право собственности и власть публично-правового управления“²⁶). С другой стороны, утверждение, что фиск это то же государство в его имущественно-правовых отношениях, не давали указаний, в каких случаях государство подчинено публичному праву и в каких гражданскому. Решение этого вопроса предоставлялось усмотрению суда. Теоретически вопрос оставался явно неразрешенным.

Новая фаза начинается со второй половины XIX в., с развитием дисциплины административного права, пошедшего путем установления самостоятельных понятий. „Форма и элементы публичного права внедрялись и вытесняли в соответствующей области привычные цивилистические институты“²⁷). Теория фиска заставила применять к имущественным отношениям государства обычные цивилистические понятия; при отказе от теории фиска, оставалось просто пустое место, некоторая неопределенность и неясность. Новая наука административного права устранила цивилистические шаблоны, переработала соответствующие понятия, применительно к особенностям тех отношений, в которых активно участвует государство. Таким образом, созданы были понятия публичной собственности, публичного представительства и т. д. Признание этих новых конструкций укрепило и идею административ-

²⁵) Fr. Fleiner—Ueber die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht Tübing. 1906; кратко в его же Institutionen des deutschen Verwaltungsrecht 5 A, стр. 41.

²⁶) О. Майер. В. II, стр. 87.

²⁷) Fr. Fleiner о. с. стр. 9.

ного суда, как органа, оперирующего новыми понятиями и применяющего административное право. Граждане нашли себе прочную защиту и гарантии, а правоотношения—соответствующее их истинной природе выражение и понимание.

Переработка понятий и развитие науки административного права тесно связаны с институтом „публичных имуществ“ (предметов общего пользования). Явное сплетение здесь начал публичного и частного права (подчинение публично-правовому режиму и, вместе с тем, защита частных имущественных интересов) дало основание для теории „смешанных“ институтов. Экспроприация, как акт государственной власти, создающий гражданское право на вознаграждение; железнодорожные концессии, основанные на публично-правовом акте, но порождающие гражданские права и притязания; принудительное ручательство, вытекающее из публичной обязанности, но облакающееся в цивилистические формы—все это примеры смешанных институтов, прототипом которых послужили „предметы общего пользования“.

Но теория „смешанных“ институтов исходила из мысли о механическом соединении публичного и частного права, она заставила только анализировать соответствующие институты и выделять в них разнородные элементы, корреспондируя теории фиска. Тенденция, которая привела к отрицанию теории фиска, проявила себя и по отношению к „смешанным“ институтам. Робость перед авторитетом цивилистических понятий и терминов стала постепенно рассеиваться. Перестала казаться исключительно правильной идея, что там, где есть имущественная ценность, там непременно и частноправовой интерес. И здесь сыграло видную роль учение о предметах общего пользования. Ограждение частных интересов путем подчинения этих предметов публичной власти и даже путем расширения этой власти предугаживало возможность взамен применения частно-правовых понятий, разработать систему публично-имущественного права. Появление государственных предприятий, преследующих общественные интересы, еще более усилило эту тенденцию. Государство устанавливает плату за пользование, заключает договора, обогащается или несет издержки за чужой счет и во всех этих действиях остается государством, облеченным принудительной властью, так что плата походит на налог, договор на одностороннее обязательство и т. д. Сходство, однако, не доходило до уничтожения различия между актом государственной власти и особым имущественно-правовым отношением государства и отдельных граждан, и это давало основание для дальнейшего изучения указанных явлений, с целью определения их специфической природы.

Таким образом, наука административного права подошла к необхо-

димости самостоятельной разработки ряда понятий, выражающих особенности публично-имущественных правоотношений.

Как уже указано, учение о предметах общего пользования представляло в этом отношении особенно благоприятный материал.

Еще в римском праве выработалось учение о двух видах публичных имуществ, из которых одни рассматриваются, как частно-правовые (фискальные), принадлежащие государству на праве частной собственности, а другие, как публично-правовые, предназначенные для служения общим интересам и находящиеся под верховным надзором государства (*dominium eminens*). Хотя это различие в толковании большинства юристов²⁸⁾ получило менее принципиальный характер, так как было признано, что оба вида публичных имуществ принадлежали римскому государству на праве частной собственности, все же оно послужило основанием для учения современных административистов²⁹⁾.

Как справедливо указывал недавно умерший О. Майер, французская юриспруденция, создав понятие *domaine public*, предвосхитила идеи Эйзеле и др. о том, что право на публичные имущества может быть конструировано не цивилистически, а как особое публично-правовое отношение. Публичные вещи, связанные определенным назначением, выходят во многих отношениях из сферы влияния гражданского права³⁰⁾. Связанность известным целеназначением создает обязанность того, кому принадлежит вещь, сохранять ее (*gewidmet zu halten*) в пригодности для служения определенному публичному назначению (*der bestimmten öffentlichen Nützlichkeit*) не только для общего пользования, но и для других общественных интересов (напр., крепостные укрепления). Разъясняя это, Майер говорит, что публично-правовое управление и господство над подобными вещами заключаются именно в поддержании вещей (имущества) и принятии всех мер к тому, чтоб они отвечали своему назначению³¹⁾.

С точки зрения этого учения публичная вещь не исключается из оборота. Она может быть отчуждена, может получить и другое еще назначение. Частные лица могут приобретать на эти вещи различные имущественные права. Но, „хотя неправильно утверждение, что публично-правовая вещь неотчуждаема, однако, институты частного права, регулирующие перенесение права, не применяются здесь“. Исключаются давность, вещноправовое обременение, применение вотчинной системы.

²⁸⁾ См. наш вступительный очерк „Право на предметы общего пользования“. Изв. Юр. Ф-та т. I стр. 28 сл.

²⁹⁾ Ср. Dr. Rud. Herrmann. *Grundlehren des Verwaltungsrechtes* Tübing 1921 стр. 377 сл.; Fleiner. *Institutionen* и др.

³⁰⁾ О. Mayer o. c. B. II стр. 83.

³¹⁾ Там-же стр. 89. Ср. Gierke—*Deutsches Priwr. B.* II стр. 22.

Таким образом, хотя собственность и здесь существует, но характер ее иной, он более соответствует публичному праву³²⁾.

Так обосновывает О. Майер свое учение о „публично-правовой собственности. Учение это не получило общего признания, но оно уже оказывает влияние не только на теоретиков³³⁾, но и на законодателей. Мы увидим впоследствии ее отражение и на построениях германского водного права. Представляется, поэтому, нелишним несколько остановиться на ней.

С точки зрения догматической трудно присоединиться к конструкции „публицистической“ собственности применительно к римскому праву и современным гражданским кодексам³⁴⁾.

Особенность публично-правовых правоотношений усматривают в том, что государство не может переносить возникающие из них права на частных лиц, так как они не могут заменить государство в этих правоотношениях и так как публичное право не может быть произвольно преобразуемо в гражданское. Так, напр., государство не может передавать частным лицам право взыскания налога, превращая его в частно-правовое обязательство³⁵⁾.

Однако, подобная аргументация не отличается большою убедительностью. Государство не только имеет право, но и очень часто передает в эксплуатацию частных лиц предметы общего пользования (концессии), оно даже снабжает их при этом рядом полномочий, отражающих особое возникновение прав концессионеров. История знает также, еще со времени публиканов, сдачу на откуп сбора налогов и пошлин. Если этого не бывает теперь, то не потому, что это вообще невозможно, а потому только, что это не соответствует современному складу государственной жизни и мощности государственного аппарата. Но, в других случаях возможно перенесение прав государственного верховенства на частных лиц и теперь³⁶⁾.

³²⁾ О. Mayer *ibidem* стр. 115-117. Ср. Fleiner—*Institutionen* стр. 331: „Учение о публично-правовой собственности имеет целью изъять публичные вещи из области частного права“.

³³⁾ Широко распространена эта теория среди административистов. В курсе S a n t i R o m a n o. *Principii di diritto amministrativo italiano* “1912 г. отведен особый отдел „публичной собственности“, которая „non è nè di diritto privato nè di diritto pubblico“ (стр. 471).

³⁴⁾ Г е д е м а н н, очень чуткий ко всем новшествам в праве, тоже не сторонник публично-правовой собственности: „Das Eigentum behält an sich auch in der öffentlichen Hand seinen privaten Charakter (H e d e m a n n, *Sachenrecht*, стр. 34). Но он, конечно, не отрицает некоторых отступлений от обычного режима собственности, когда она находится в руках государства и, при том, для особого назначения: таковы—решение споров в административном порядке, некоторые ограничения оборотоспособности и, наоборот, некоторые преимущества, по сравнению с частною собственностью.

³⁵⁾ K ö t t g e n—*Grundprobleme* стр. 46.

³⁶⁾ Ср. J e l l i n e k—*System der subjectiv. öffentlich. Rechte* в главе „Ausübung staatlicher Hoheitsrechte durch Private“.

Другой подход к оценке идеи „публично-правовой“ собственности может быть сделан с точки зрения общей характеристики государства и его деятельности. В самом деле, не учитывает ли эта теория некоторые тенденции современного правового развития?

Перенесение некоторых частно-правовых понятий в публичное право уже не новость, при этом во многих случаях оно связывается с существенным видоизменением самого понятия. Так, напр., публично-правовое представительство вовсе не похоже на представительство гражданского права. Однако, и в гражданском праве начинает применяться представительство публично-правового типа. Так, напр., при заключении коллективных договоров, представители рабочих, действующие от имени даже „будущих“ рабочих, полномочия от которых они никак не могли получить, не отличаются юридически от представителей государств или представителей партий, подписывающих соглашение на будущее время³⁷⁾. Нельзя не считаться с тем, что трансформация современной общественной и экономической жизни вызывает преобразование правовых институтов, вторжение в частно-правовой обиход публично-правовых понятий и, обратно, осложнение публичного хозяйства и внедрение в него многих начал частного права.

К числу подобных явлений относится и то, что О. Майер окрестил публично-правовую собственность (*Oeffentliches Eigentum*)³⁸⁾.

Государственное верховенство и властвование над тою категорию публичных имуществ, которые подчинены общему пользованию и дру-

³⁷⁾ Т а л ь—„Очерки промышленного права“. М. 1916 г. стр. 52. Ср. также Nussbaum—D. Neue Deutsche Wirtschafts. 2-е А. стр. 101, о представительстве, принадлежащем промышленным советам на фабриках и заводах.

³⁸⁾ Теорию О. Майера подверг подробному догматическому разбору Schelcher (В XXXI von Fischers Ztschr. für Verwaltung—Der öffentliche Weg). В частности им отмечено, что правоотношения государства к третьим лицам, по поводу предметов общего пользования, подвержены действию частного права (использование травы и деревьев на дорогах). Шелхер, подобно старому направлению науки административного права (учение о смешанных институтах), усматривает в праве на предметы общего пользования механическое соединение двух систем. Hatschek видит здесь соединение в руках государства одновременно *imperium* и *dominium*, что, однако, может создать крайне неудовлетворительное положение: государство будет выбирать каждый раз то, что ему выгоднее. Fr. Nawelka (Die Rechte an öffentlichen Wegen in Österreich 1910), излагая эти учения (стр. 64-66), склоняется к тому, что государство обладает обыкновенною собственностью, но подверженную в большей или меньшей степени экстракоммерциальности (65), т. е. исключению из действия гражданского права постольку, поскольку этого требует целеназначение (стр. 66, 143). По учению О. Майера, собственность на предметы общего пользования должна принадлежать непременно публичным лицам. Но, в действительности, может быть и не так. Поэтому и вещи частных лиц могут быть частично исключены из действия частного права, в виду того, что обслуживая частные интересы, они имеют и публичное назначение.

Объем ограничений не одинаков. Так, напр., публичные вещи (в частности и предметы общего пользования) не могут быть закладываемы, так как залог мог бы повлечь переход вещи в руки частного лица, что несовместимо с назначением вещи. В отношении принадлежащих частным лицам дорог общего пользования, это ограничение не применимо (Nawelka стр. 67-69).

гим подобным целеназначениям, превращается в собственность. Здесь нельзя не видеть влияния и господства понятий частного права. Но, собственность эта не подчиняется всем соответствующим нормам гражданских кодексов, она оказывается особенною, „публично-правовую“, проникнутую служением общественным целям, и в этом сказывается уже влияние публичного права.

Для характеристики этого нового вида собственности подходит, *mutatis mutandis*, наименование ее фидуциарною в том смысле, как его употребляют по отношению к сделкам. Право, передаваемое государству, шире, чем требуется для той ближайшей цели, для которой происходит передача, но все же государству это право принадлежит и оно может им иногда воспользоваться... Если государство воспользуется им, вопреки назначению вещи, то оно не подвергнется *infamiae*, но все-же должно будет оправдать свои действия. Такова сущность „публично-правовой“ собственности.

Конструкция эта кажется отвечающею тенденциям праворазвития.

При оценке социалистических систем справедливо указывается, что государство, заменяя частных собственников, не изменяет правопорядка по существу. Если вместо многих собственников появится один, то от этого ничего не изменится. „Простой переход капитала из частной собственности в публичную не сможет иметь сколько-нибудь значительного результата для решения проблемы. Ибо публичное лицо принимающее те же принципы, должно будет так же, как и частный предприниматель, поставить интересы капитала впереди интересов жизни, а между обоими этими интересами существует вечный конфликт. Дело не в механической перемене собственника, а в органическом преобразовании собственности“³⁹).

Подобные идеи имеют в виду преобразование государства и хозяйства системою гильдейского социализма, но эти идеи отвечают и тем тенденциям, которые находят себе выражение в понятии „публично-правовой собственности“ с фидуциарным характером.

Социалистическое строительство, опыт которого мы наблюдаем в С.С.С.Р., дает нам некоторые примеры, где государственная собственность выявляется именно этим преобразенным ликом, выражающим служение общественной цели. Так, наприм., характерно в этом отношении лесное законодательство (Лесной кодекс РСФСР 1923 г.), проводящее идею общегосударственного значения лесов и обязывающее государство использовать леса в дачах, объявляемых имеющими общегосударственное (в противоположность местному) значение, прежде все-

³⁹) Ср. С. И. Гессен—„Проблемы правового социализма“ Совр. Записки XXIX, стр. 322 и сл. и цитируемые им труды. Cole—The World of Labour 4 изд. 1920 г. Его же Social Theory 1920 г.

го для государственных надобностей (потребностей государственных учреждений), для удовлетворения нужд населения (по особо-льготным нормам) и только потом уже разрешающее использовать сметные остатки для продажи на коммерческих началах⁴⁰).

При таком построении права государства, нельзя усматривать механическую замену частных собственников публичным, чего так опасается Дюги⁴¹) здесь хозяйские права советского государства подчеркнута фидуциарны и собственность его носит все черты „публично-правовой“, как ее понимает О. Майер.

Еще более ясно выражены эти особенности в постановлениях того-же кодекса о лесных дачах „особого назначения“, переданных для учебно-опытного дела, для курортов или объявленных защитными (сдерживающие пески, охраняющие берега, предупреждающие оползни и др.). В законодательных постановлениях этого рода проявляется органическое и качественное перерождение собственности, когда она сосредотачивается в руках государства. Такое перерождение должно необходимо сопутствовать социалистическим реформам, поскольку они стремятся принести обновление. Но оно может происходить и независимо от социализации. С этой точки зрения, теория публично-правовой собственности действительно представляется жизненной и providенциальной, отвечая эволюции современного хозяйства. Так, кажется нам, могла-бы быть построена защита идеи О. Майера, в дополнение к его собственным аргументам, основанным на анализе прав и обязанностей государства в отношении предметов общего пользования. Такая защита представлялась бы более убедительной. Но, и с такой правно-политической точки зрения, идея О. Майера могла-бы бы быть полезна, не как новое юридическое понятие, а как характеристика известной тенденции.

Частное право знает некоторые виды собственности, которые оно выделяет, как, напр., провинциальную собственность в римском государстве, майораты и фидеикомиссы в Европе. Можно было-бы различать собственность потребительскую, промышленную, культурную, исходя из различного характера и целей пользования, но это не касалось-бы юридического чисто-формального понятия собственности⁴²).

Подобно тому, как частный владелец может ограничить сам себя, превратив свое имение в трудовую колонию и связав себя вотчинны-

⁴⁰) Ср. нашу статью „Водное и лесное право в СССР.“ „Вестн. Маньчжурии“ 1927 г. № 7.

⁴¹) Ср. цитированную уже (прим. 4) книгу „Le droit Social“ стр. 156: „Это было бы подавлением личности и возвращением к варварству.“

⁴²) Ср. статью R. Stammer'a—Eigentum в Handwörterbuch der Staatswissenschaften (1925) и отзыв Гедеманна о понятии собственности, как формальном лишенном содержания—inhaltslos (о. с. стр. 67).

ми повинностями, так государство само себя ограничивает, устанавливая права общего пользования и принимая на себя соответствующие обязанности. Но оно может и освободить себя помощью законодательства от этих ограничений. Если оно этого не сделает, то не потому, что собственность имеет другой юридический облик, а потому, что государство преобразилось: организация государственной власти, связь ее с общественностью или народом, расширение его задач—все это меняет направление деятельности государства и препятствует изменению ее в сторону, не соответствующую общей его политике, но если-бы произошло изменение в обратную сторону, то сама-собою преобразилась-бы и „публично-правовая“ собственность: „король оказался-бы голым“.

Понятие собственности, если оно теоретически правильно установлено, не может затем оказаться не соответствующим различным видам собственности. Меняется не юридическое понятие, а культурно-историческая или экономическая характеристика института, подобно тому, как меняется не понятие власти, а лишь характер власти в зависимости от того, в чьих руках она находится.

Подобно тому, как не меняется форма государственного строя, если абсолютизм становится „просвещенным“, так не меняется собственность от того, что собственник использует ее в общественных интересах.

По этим основаниям понятие „публично-правовой“ собственности представляется нам догматически неправильным и ненужным и приемлемым только с оговоркою, что оно применяется лишь для характеристики тенденций некоторых видов государственной собственности.

III.

Учение публицистов об общем пользовании.

Рядом с учением о публично-правовом характере собственности на предметы общего пользования стоит конструкция и самого права участия в общем пользовании, как публично-правового правомочия.

Исторически общее пользование ведет происхождение от альменды, достояния общины, все члены которой, по праву „сочленства“, могли участвовать в пользовании пастбищами, лесными дачами, водами и проч. В полицейском государстве общее пользование—благодеяние. Государство, подобно тому, как оно открывает публичные сады, музей, школы, больницы и проч., жалует и право общего пользования. Оно властно давать и прекращать общее пользование, как властно открыть и закрыть школу, больницу, музей. Современное правовое и консти-

туционное государство дало новую постановку институту общего пользования. Оно открыло его для всех (всякому и каждому) и придало ему характер права.

В принципе свободное общее пользование подчиняется все-же надзору и регулированию. Содержание общего пользования проистекает из целеназначения вещи, но государство должно устанавливать границы пользования и порядок его. При пользовании искусственными сооружениями для движения, устанавливается предельная нагрузка, очередь, преимущество пешеходного движения перед конным или, наоборот, легкового перед грузовым, устанавливаются порядок и условия прекращения движения при ремонте и проч. Подобная специальная регламентация имеет место применительно к пользованию улицами, мостами, площадями, реками, берегами рек и пр.⁴³⁾.

Какова-же юридическая природа права общего пользования, которое, как указано уже, современное государство обязано предоставлять всем гражданам и которое оно обязано сохранять.

Многие юристы находятся до сих пор под влиянием старого правовоззрения и считают общее пользование только выгодой фактического положения (рефлексом правопорядка)⁴⁴⁾.

Другие юристы признают общее пользование субъективным публичным правом. Понятие о субъективных публичных правах, согласно учению авторитетного государствоведа Е л л и н е к а⁴⁵⁾, обнимает—право на отмену всех распоряжений государства, нарушающих свободу, право на судебную и административную защиту, на содействие со стороны государства (положительное гражданское состояние) и, наконец,

⁴³⁾ Ср. О. М а й е р о.с. стр. 141, 144, 147 и др.

⁴⁴⁾ Ср. учение И е р и н г а о рефлексх права, выгодах общежития, которыми можно фактически пользоваться, без наличия субъективного права (лампа на лестнице, поставленная одним из жильцов) (Ihering's Jahrbuch f. Dogm. B.X). Подобные учения применительно к публичному праву подробно излагаются и разбираются в монографии. G. Jellinek, System der subjectiven öffentlichen Rechte 2-e Aufl. 1919 г. стр. 74; О. М а у е r, II s. 142, так же и R a n d a „Eigent. recht“ I, 38: kein Privatrecht, vielmehr ein Ausfluss des öffentlichen Rechtes auf Benutzung der Gemeingebrauch gewidmeten Sachen. Такого-же взгляда придерживаются и многие другие цивилисты: „Общее пользование, говорит Г е д е м а н н, не является частным правом, защищаемым исками, это общее гражданское правомочие, находящееся под охраною полицейских властей (Sachenrecht стр. 363). Так же и В о л ь ф: общее пользование не дает никому ни субъективного права вообще, ни частного права в особенности (а потому и никакого гражданского иска) общее пользование может быть запрещено и ограничиваемо, без каких-либо претензий со стороны пользователей. Так обстоит дело, согласно всем водным законам. Но, оговаривает В о л ь ф, иначе было бы по общему праву, когда еще сохраняли силу римские интердикты (Enneccerus, Lehrbuch B. П. § 817; 101, 1). H a w e l k a (о. с. стр. 91 сл., стр. 144) рассматривает участие в общем пользовании, как одно из проявлений свободы. Как каждый человек может гулять по своему участку, продавать его, так он может ездить по улицам, плавать по воде. Здесь нет ни публичного, ни частного права—есть свобода в пределах, очерченных государством.

⁴⁵⁾ См. кроме названного специального труда также Е л л и н е к „Общее учение о государстве“, Изд. 2 стр. 303.

право на допущение к осуществлению государственной деятельности (состояние активного гражданина).

С точки зрения этого учения и право общего пользования могло бы быть конструировано, как субъективное публичное право. Оно охраняет свободу пользования от произвольных и нецелесообразных действий власти и уполномачивает на защиту и содействие для устранения препятствий со стороны третьих лиц. Поэтому, такая конструкция имеет немало сторонников. Ее, напр., придерживается Гирке.

„Цивилистический Атлант“, как окрестил Гирке наш Дювернуа соответственно своему общему взгляду на природу публичного права, как социального, в отличие от индивидуального гражданского, считает, что общее пользование является правом личности, основанным на принадлежности к социальному общению, и, следовательно, публичным, так как речь идет о публичных союзах. По его мнению, общее пользование не может быть признано за имущественное право⁴⁶⁾.

По существу к Гирке близок Дернбург. Хотя он и рассматривает право общего пользования, как право личное, и, следовательно, как вид частного права, все-же он подчеркивает, что общее пользование один из видов общей свободы, ненарушимость которой должна быть охраняема. Это как раз один из тех видов прав, которые относятся к категории субъективных публичных прав, происходящих из правопорядка и принадлежности к гражданам государства.

Учение о субъективных публичных правах не может считаться достаточно разработанным. Многие государствоведы вовсе отрицают их существование, полагая, что за субъективное публичное право ошибочно принимаются рефлексы объективного правопорядка. Но и юристы, признающие, подобно Еллинеку, существование субъективных публичных прав, часто подходят к вопросу с излишнею робостью, как бы боясь открыть множество других публичных прав, которыми обладают различные носители власти,⁴⁸⁾ и которые должны быть признаны субъективными, с точки зрения традиционной терминологии.

Субъективные публичные права это правомочия, которые принадлежат гражданам по отношению к государству (обязанною стороною является государство в лице различных своих органов). Если же правомочия рассматриваются не по отношению к государству, а по отношению к другим гражданам, то они превращаются в частные права. Когда, напр., речь идет о праве требовать от государства охраны безопасности и неприкосновенности, то это субъективное публичное право;

⁴⁶⁾ Gierke, Deutsches Priwr. Bd. 2 S. 25 ff. Ср. наш вступительный очерк: „Право на предметы общего пользования“. Известия Юр. Ф-та в Харбине, т. I. стр. 39.

⁴⁷⁾ Дернбург подробно излагает свою точку зрения в Preuss. Priw. R. Bd. I S. 139.

⁴⁸⁾ Ср. Л. И. Петражицкий „Теория права и государство“ т. II стр. 732 сл.

когда возникает требование по отношению к частному лицу, нанесшему побои или оскорбления, то конструируется гражданское право на телесную неприкосновенность, на честь и др., так называемые личные права, уже давно признаваемые не только теорией, но и современными гражданскими кодексами⁴⁹⁾.

В применении к общему пользованию имеются и те и другие правоотношения. Участник общего пользования может претендовать на защиту со стороны государства, на устранение создаваемых властью препятствий к пользованию, но он имеет и права по отношению к другим согражданам, к собственникам и сопользователям, и здесь проявляются частно-правовые свойства права общего пользования. Это дает повод характеризовать общее пользование, как смешанное право, состоящее из элементов публичного и частного⁵⁰⁾.

Регельсбергер⁵¹⁾ считает, что общее пользование в его целом не является субъективным правом, от которого можно было бы отказываться или которое можно было бы передавать, но он признает, что, при нарушении общего пользования, возникает субъективное право, так как соответствующие вещи обременены на подобие сервитутов⁵²⁾.

Аналогично и Иеринг признает общее пользование за сервитутоподобное вещное право⁵³⁾.

⁴⁹⁾ Швейцарское улож. ст. 11 сл. „Тот, чьи личные отношения будут неправомерно нарушены, может предъявить иск об устранении нарушения. Сверх того, в случаях, законом предусмотренных, он может требовать возмещения убытков или известной денежной суммы в виде удовлетворения.“ (ст. 28).

По к р о в с к и й („Основные проблемы гражданского права“ стр. 98 сл.) правильно подчеркивает сущность личных прав, как охраны индивидуальности. Гораздо шире и расплывчатее подходит к этому вопросу Колер (ср. J. Kohler—Lehrb. der Rechtsphilosophie 1923 г. стр. 110 111), который относит к правам личности: право заключать сделки, ходить, ездить верхом, право обращаться к суду и др. Обособление этих прав, с его точки зрения, излишне, т. к. они в своей совокупности составляют единство, именуемое личностью. С этой точки зрения и право общего пользования может быть названо правом личности, но, такая конструкция затушевывает специфические особенности отдельных прав.

⁵⁰⁾ Соединение в одном институте того и другого права конечно возможно и нередко имеет место. Так, напр., опекуное право обнимает с одной стороны государственную организацию опеки и должностные обязанности опекунов, а с другой—имущественные правоотношения частно-правового характера. Ср. П е т р а ж и ц к и й т. II стр. 738.

⁵¹⁾ Regelsberger—Pand. Bd. I § 113.

⁵²⁾ Ср. Fleiner—Institution. § 22. „Приглашение на предоставление общего пользования не является в Германии субъективным правом“ (349), но, замечает он далее: „иск о возмещении вреда, на основании § 823 п. 2 и § 839 B. G. B., допускается, при противоправном нарушении общего пользования“ (351). Эта точка зрения ближе к взглядам, отрицающим правовую природу общего пользования чем к Регельсбергеру, который находит в нем некоторые цивилистические (цивилеподобные) черты.

⁵³⁾ Ihering—Geist 3 Aufl. Bd. 3 стр. 348-349 ср. также § 61 Anm. 480 Общее пользование отличается, по мнению Иеринга, тем, что оно принадлежит нераздельно широкому кругу лиц и не ограничено наличным составом пользователей, но оно все-же право.

Здесь мы наблюдаем уже переход к частно-правовой точке зрения, недостаточно, однако, смело и определенно высказываемой.

Таким образом, взгляды на общее пользование расходятся. Наименее удачным представляется нам отрицание правового характера общего пользования (О. Майер, Еллинек, Ранда, Гедеман и др.). Этот взгляд не отвечает положению вещей в правовом государстве, которое, предназначив к. л. вещи для общего пользования (особый административный акт), связывает тем самым себя. Оно не может уже упразднить общее пользование иначе как в специально установленном порядке, а, следовательно, граждане государства имеют право требовать, чтобы им была предоставлена возможность осуществлять то, что составляет содержание общего пользования⁵⁴).

Право по отношению к государству может быть рассматриваемо, как субъективное публичное право (Гирке).

Это вторая точка зрения, представляющая уже значительное улучшение. Но здесь возникает, как мы видели, сомнение в том, исчерпывает ли такая характеристика сущность правоотношения и, в виду того, что право общего пользования создает правоотношения между сопользователями и, на почве этих правоотношений, основания для частных притязаний,—может быть высказана третья точка зрения о смешанной природе общего пользования, сочетающего публично-правовые и частно-правовые притязания.

Наконец, с некоторою робостью перекидывается мост в сторону цивилистических конструкций (Регельсбергер, Иеринг, сюда же может быть причислен Дернбург, говоривший о праве общего пользования, как о праве личности).

И если признать, что общее пользование—право, то остается прежде всего вопрос—какова, в действительности, его природа: публичное оно или частное.

Чтобы определить природу права общего пользования, попробуем сопоставить его с каким-либо правом, относительно которого не существует сомнения, что оно публичное, напр., с избирательным правом (одно из прав на участие в управлении). Сопоставление этих совершенно разнородных прав должно быть произведено лишь в отношении их наиболее характерных свойств. Право общего пользования носит имущественный характер (помимо наличия вещного объекта, еще и имущественный интерес), второе—нет. Но это не является характерным для различия частного и публичного права. Семейное право, личные права заключают в себе много правомочий неимущественного характера.

⁵⁴) Cp. Ihering—Geist B. I 3 Aufl. стр. 211 о происхождении а. popularis.

Другая характерная черта избирательного права, что им нельзя распоряжаться, уступать другим, отказываться от него. Это характерно и для права общего пользования. Но, и в гражданском праве есть передаваемые права (та же область семейно-правовых отношений).

Далее оба права носят, на первый взгляд, характер абсолютных прав: никто не должен нарушать свободы пользования правом участия в избирательной компании или правом проезда по дороге. И здесь, как будто, характер обоих прав одинаков. При ближайшем рассмотрении этот вывод оказывается, однако, неправильным. Избирательное право представляет прежде всего притязания к государству (или другому социальному союзу: городу, земству, партии)—оно состоит из права на внесение в списки, на допущение к урнам, на свободу вотироваться. Обязанною стороною является везде государство (эвентуально город и т. п.). Притязания к другим лицам по поводу избирательных прав могут возникнуть не непосредственно, а только через публично-правовые органы, которые обязаны охранять свободу выборов. Нарушение свободы выборов есть нарушение обязанности по отношению к государству⁵⁶).

Иначе обстоит дело с правом общего пользования: оно обращается не только к государству, обязанному ограждать общее пользование. Здесь возможны конфликты пользователей между собою в виду наличия у них равных притязаний на один и тот же объект. Один пользователь может причинить ущерб другому не только *dolo malo*, но и добросовестно, считая себя уполномоченным на те действия, которые совершает. Таким образом, избирательное право, которое *prima facie* кажется абсолютным, в действительности относительно, так как оно обращается не ко всем и каждому, а к государству. В силу юридической аберрации на него распространяется лишь представление о других родственных ему правах на личную свободу и неприкосновенность, которые являются, однако, самостоятельными правами и с которыми избирательное право, имеющее свой специфический состав, не должно быть смешиваемо. Наоборот, право общего пользования не отличается ни по характеру ни по составу от вещно-правовых притязаний, типичных абсолютных прав, столь характерных для права частного. Право общего пользования, даже когда оно обращено к государству, носит характер притязания на пользование вещью, принадлежащею на праве собственности публично-правовому субъекту.

Другое характерное различие сопоставляемых прав заключается в том, что избирательное право предоставляется в целях осуществления гражданами их политических обязанностей. Право участия в управлении

⁵⁶ Ср. ст. ст. 328¹⁻⁷ Улож. Нак. (по Прод. 1906 г.), карающие воспрепятствование свободе выборов, возбуждение к противодействию выборам, подкупы, злоупотребления при подсчете и пр.

(активное состояние гражданства) есть в то же время и обязанность сознательного гражданина (социальное служение). Известный афоризм, что публичные права являются одновременно и публичными обязанностями, отвечает существу публичного права. Иначе обстоит дело с правом общего пользования. Здесь нет никакой обязанности; это подлинное право, осуществляемое безотносительно к интересам социального служения. Отсюда и различный характер притязаний со стороны управомоченных по отношению к государству. Если правительство изменяет избирательный закон в сторону сужения избирательных прав, то возникает движение политического характера, протест солидарной группы, борьба во имя интересов общественных. Если прекращается движение по дороге, стесняется судоходство, закрывается переправа, то могут возникнуть притязания пострадавших лиц о компенсации. Имущественное вознаграждение может удовлетворить заинтересованных лиц, что совершенно немыслимо и недопустимо в области права избирательного.

Таким образом, характерные черты права общего пользования отличают его от публичных субъективных прав и сближают с правом частным, что и дало нам основание теоретически конструировать его, как „абсолютное право, проистекающее из легального ограничения частной собственности“.

В виду трудности отнесения этого права к какой-либо из установленных уже категорий частных прав, нам кажется более правильным относить его к абсолютным частным правам *sui generis*⁵⁷⁾.

Таким образом, публично-правовой элемент в водном праве не преобладает и, по существу своему, водное право, как с точки зрения хозяйственного обладания водами (проблема собственности на воды), так и с точки зрения правомочий дестинаторов, пользователей, принадлежит частному праву.

IV.

Хозяйственное право.

Остается еще один вопрос. Современная наука, как уже указано, знает новую категорию т. н. „хозяйственного права“, к которому тяготеют те смешанные институты, в которых сплетаются, как мы видели это на водном праве, публично-правовые и частно-правовые элементы.

⁵⁷⁾ Изв. Юр. Фак. т. I стр. 41. Изложение этого вопроса во вступительном очерке ограничилось общою характеристикой различных точек зрения, так как более детальный анализ легче произвести в связи с разбором учения о публично-правовой собственности. Только признав собственность государства (или других лиц) на предметы общего пользования обыкновенною частноправовою собственностью, мы создаем прочную базу для цивилистической конструкции общего пользования, как своеобразного абсолютного права. Такой конструкции придерживается и проф. Рязановский — „Лекции по гражданскому праву“ вып III Харбин 1923 г. стр. 36 37 Теоретическая конструкция, не предпринимает, конечно, решения вопроса в положительном праве

Представляется; поэтому, полезным выяснить, что это за хозяйственное право и не поглощает ли оно право водное.

Хозяйственность, говорит Г е д е м а н;—знамение века; тон хозяйственности приходится поддерживать во всем и праву. Как раньше столетиями держалось увлечение естественным правом, поддерживавшееся пантеизмом и натурфилософией, так теперь предстоит увлечение знаменем хозяйственности. На эту тему пишется так много, столь многие вопросы права освещаются с этой новой точки зрения, что их уже достаточно для завоевания ими своей самостоятельной области, которая может быть отграничена от других. Но здесь не будет новой юридической дисциплины, это только освещение юридических вопросов с определенной точки зрения⁵⁸).

Некоторые юристы, занимающиеся хозяйственным правом, пытаются определить более точно и определенно его содержание. Так, напр., Н у с с б а у м включает в его область только те новые явления права, которые ведут свое происхождение от исключительного законодательства периода Великой войны (*Seit Ausbruch des Krieges*) и не посредственно регулируют народное хозяйство, в отличие и от законодательства, имеющего лишь посредственное отношение к хозяйству, (как, напр., финансовое законодательство) и от законодательства, относящегося к жизни отдельных лиц (гражданского права). Война, а затем революция и период социализации, произвели существенное изменение в хозяйственном строе Германии. И хотя, говорит, Нуссбаум, волны социализации уже спадают и вода ее уходит, но на правовой почве осталось новое напластование. Многие часто-правовые институты в общей публично-правовой атмосфере сами восприняли некоторые публицистические элементы. Они составляют теперь придаток гражданского права, которое продолжает главенствовать, но они выделяются из общего правового материала и потому могут быть собраны и систематизированы под особым наименованием „хозяйственного“ права⁵⁹).

В этой трактовке хозяйственное право представляется пережитком войны, обнимает проникнутые публично-правовыми началами временные

⁵⁸) H e d e m a n n—Grundzüge des Wirtschaftsrechts. Этот ученый, всегда улавливающий новые идеи в цивилистике, формулирует в своей книге некоторые принципы „хозяйственности“, как, напр., *ne quis re sua male utatur* (стр. 31), которые служат руководящим началом нового права, в целях достижения наилучших хозяйственных результатов.

⁵⁹) A. N u s s b a u m—Das neue Deutsche Wirtschaftsrecht 2-е A. 1922 г. § I. При такой постановке вопроса к хозяйственному праву может быть отнесена и наша работа о продовольственном законодательстве военного времени (см. Г. К. Г и н с „Продовольственное Законодательство“—организация народного хозяйства во время войны. Омск 1918 г.). В этой работе, помимо изложения законов, видоизменивших всю хозяйственную систему страны, затронут и общий вопрос о перспективах и пригодности новых мер для организации хозяйства в будущем.

отклонения от нормального частно-правового режима и представляет некоторое дополнение к частному праву⁶⁰⁾.

Ганс Гольдшмидт в своей очень интересной и содержательной работе о хозяйственном праве⁶¹⁾ подходит к нему не как к сборной группе военных и революционных новелл, а с принципиальным критерием. Отмечая социальные тенденции современности, он противопоставляет социально-политические и хозяйственно-политические цели и относит к хозяйственному праву те нормы, которые направлены специально на улучшение продукции. Поскольку урегулированное для достижения этой цели хозяйство носит название организованного, хозяйственное право является особым правом организованного хозяйства⁶²⁾. Нормы, целью которых является защита слабых против сильных, не относятся к хозяйственному праву, они могут быть включены в гражданское право. Регулирование распределения благ относится не к хозяйственному праву, а к социальной политике.

Гольдшмидт считает, что хозяйственное право соединяет в себе начала частного и публичного права, отвечая историческим особенностям германского права, и в этом отношении является дисциплинонациональной. Только такое объединение начал частного и публичного права могло, по его мнению, создать те новые формы, которые нужны были хозяйственному праву.

Отметим, наконец, еще одного исследователя хозяйственного права, Вестгофа, который подходит к вопросу опять таки по иному⁶³⁾. Он считает слишком узким и определение Нуссбаума (известные правовые новшества, относящиеся к хозяйству) и то, которое принадлежит Гольдшмидту — право организованного хозяйства. В его трактовке все, что в праве относится к хозяйству, должно составить содержание науки хозяйственного права. Всякому, неослепленному современной систематикой, говорит он⁶⁴⁾, ясно само собою, что „под хозяйственным правом следует понимать все относящиеся к хозяйству права“, в том числе — регулирующие взаимоотношения частных хозяйств между собою. Хозяйственное право сводит воедино правовые системы всех

⁶⁰⁾ Так смотрел на это и пионер хозяйственного права в Германии Макс Румпф, усматривавший в нем лишь некоторое обогащение системы частного права, которое, благодаря обозрению изменившейся хозяйственной жизни Германии и, при том, с точки зрения особого хозяйственного критерия, станет более полною наукою права. (M. R u m p f, *Wirtschaftswissenschaft und Wirtschaftsschule* 1920).

⁶¹⁾ H. G o l d s c h m i d t—*Reichswirtschaftsrecht*, 1923 г.

⁶²⁾ О. с. стр. 10-12.

⁶³⁾ E. W e s t h o f f—*System des Wirtschaftsrechts* 1926 г. стр. 17-18.

⁶⁴⁾ О. с. стр. 56.

хозяйственных форм (индивидуалистической, социалистической и кооперативной)⁶⁵).

Что касается взаимоотношения хозяйственного права с публичным и частным, то и Вестгоф разделяет тот взгляд, что классификация права на частное и публичное устарела, что утверждают почти все сторонники „хозяйственного права“, пытающиеся установить новую систематизацию права. Он считает, что хозяйственное право содержит в себе элементы и частного и публичного права.

Деление права на частное и публичное, по мнению Вестгофа, чисто школьное (*Schulmässiger Begriff*) и, с его точки зрения, более существенно деление права в зависимости от отношения к частному или общественному хозяйству (*Eigenwirtschaft und Gemeinwirtschaft*), в основе которых лежат исконные психологические стремления человека: индивидуалистическое и коллективистическое⁶⁶).

Не ограничиваясь общим замечанием об устарелости понятий частного и публичного права, наш автор, опираясь на Кельзена, приводит ряд аргументов против этой „школьной“ классификации:

1) Понятия частного и публичного права в связи с историческим развитием утратили ясность.

2) Вещное частное право, государством допущенное к существованию и государством ограждаемое, является в этом смысле публично-правовым⁶⁷). Вестгоф считает характерным для частного права его автономность, которая, по его мнению, ныне утрачивается.

3) Различные законы из области гражданского права соединяются с уголовно-правовыми и полицейскими постановлениями.

4) Публичные корпорации выступают в качестве юридических лиц, носителей частных прав и обязанностей. Таким образом, не только государственное хозяйство вторгается в частное, но и наоборот.

5) Проникновение и очищение лежащего в основе частного права индивидуализма духом обобществления приводит ко все большему понижению частного права публично-правовой идеологиею, вследствие чего границы все больше стираются.

⁶⁵) В этом виде понятие „хозяйственного“ права культивируется в научной системе советского права. Ср. Гойхбарг — „Хозяйственное право“, стр. 6 прим.; Данилова, Перетерский, Раевич — „Советское хозяйственное право“. 1926 г.

⁶⁶) О. с. стр. 47 и 21.

⁶⁷) Здесь особенно ясно влияние учений Кельзена. (Kelsen—Hauptprobleme der Staatslehre). Этот нашумевший автор, названный труд которого вышел вторым изданием в 1923 г. утверждает, (ср. стр. 656), что все правовые нормы выражают волю государства к выполнению (*zur Exekution*) и, поэтому, все они публично-правовые. Частное право — одна из разновидностей публично-правовых норм, отличается тем, что здесь наряду с государством обязанными лицами являются и другие лица (подчиненные государству). Это чисто формальное учение, построенное на отвлеченных, далеких от существа права соображениях, могло обратить на себя внимание только в связи с успехом идеи этатизма (*Der Staat als Übermensch!*).

6) Формальный критерий, исходящий из различия способов защиты, не устраняет трудностей разграничения частного и публичного права.

7) Гирке объединил государственное право с правом различных публичных союзов под названием социального права и тем еще более стер границы между публичным (социальным) и частным (индивидуальным) правом. Но против этого возражают: „Нет индивидуального права, каждое право—социально, всякое частное право является правом общественным и, за исключением семейного права, правом хозяйственной жизни.“ (Эрлих—Социология права).

Всякое право рождается в обществе и к нему возвращается. Как же, спрашивает Вестгоф, одно право называть социальным, а другое нет?

8) Нигде не проявляется так ярко отсутствие различных границ между публичным и частным правом, как в трудовом праве, вследствие чего организации, представляющие интересы работодателей и трудящихся, предусмотрены конституцией.

9) Даже термины „частное“ и „публичное“ неудачно избраны, так как с частным ассоциируется представление о чем-то тайном и ему следовало бы противопоставить не публичное, а широкоизвестное (*offenkundig*), между тем, как, в действительности, именно публичное часто держится в секрете, а частное широко оглашается⁶⁸).

Приводя эти аргументы, мы не можем не отметить их непринципиальности, особенно последнего. Автор сам признает существование специфического идейного содержания, свойственного каждому из двух видов права (п. 5) и аргументирует главным образом трудностью разграничения сфер права публичного и частного. Мы приводим здесь всю эту аргументацию для того, чтобы яснее выявить те теоретические основания, на которых строится система „хозяйственного права“, и отношение этой системы к праву на предметы общего пользования.

Мы видим, что, с одной стороны, под хозяйственным правом понимается лишь особый метод изложения права, в связи с освещением хозяйственных проблем и взаимоотношения хозяйства и права. (Гедеман, Вестгоф). Метод этот, отнюдь, не нов, применение его можно часто найти в курсах торгового права⁶⁹) и, вообще, там, где без выяснения назначения правовых институтов и обстановки их применения (экономических феноменов) они были бы непонятны. В частности, в произведениях, посвященных водному праву, хозяйственная сторона

⁶⁸) О. с. стр. 48-49.

⁶⁹) Особенно известен в этом отношении курс Endemann'a, *Das deutsche Handelsrecht*, 1887 г. Правда чистые догматики отрицательно относятся к привлечению хозяйственных и философских соображений для освещения правовых институтов (статьи Baron'a), но во всем важна мера.

вопроса играет немаловажную роль⁷⁰). С точки зрения, основанной на соображениях не принципиальных или методологических, а только на практических, в целях достижения удобства и ясности изложения, водное право, конечно, относится к системе хозяйственного права. Но в этом не заключается никакого научного приобретения.

Однако, в учении о хозяйственном праве мы видели и другую сторону. Это право рассматривается, как продукт происходящего, под влиянием эволюции хозяйства, слияния публично-правовых и частно-правовых начал, как право „публицистическое“ (Нуссбаум, Вестгоф). И с этой точки зрения оно затрагивает учение о предметах общего пользования, на основе которого, как мы видим, уже давно созданы понятия и учения о „публицистических“ институтах. Впрочем, и здесь труды, посвященные хозяйственному праву, не проливают никакого научного света на нашу проблему. Дальше общих заявлений о слиянии элементов того и другого права они не идут и специфической природы т. н. публицистических институтов не выясняют.

Нами была, однако, изложена посвященная хозяйственному праву работа Гольдшмидта, который пытается найти отличительный признак этого права—организацию хозяйства для усиления его продукции. И в этом построении учение о хозяйственном праве связывается с непосредственною темою нашего исследования. Водное право включает в себе немало положений, имеющих целью организовать пользование таким образом, чтобы были достигнуты наилучшие хозяйственные результаты в частных и общественных интересах. И, действительно, в книге Гольдшмидта есть страницы, не только по содержанию относящиеся к водному праву, но и прямо указывающие на него⁷¹).

Гольдшмидт считает существенною частью хозяйственного права особое хозяйственное вещное право, обнимающее те видоизменения, которым подверглось вещное право в связи с новою организационно-правовою деятельностью государства. Одно из этих существенных изменений относится к ограниченным вещным правам на чужую вещь. До сих пор одни были управомоченными в отношении своих вещей, как собственники, права которых не затрагивались чужим участием в их пользовании, другие, пользователи, должны были довольствоваться положением посторонних. Под влиянием социализма возникла большая проблема о распространении прав трудящихся на

⁷⁰) Ср., напр., издание „Beiträge zur Wasserwirtschaft, первый выпуск которого носит название „Juristische und wirtschaftliche Gedanken zum Thüringischen Wasserrecht“ (Verl Fischer 1925), или книгу Durand-Dastès—Le nouveau statut légal des Forces Hydrauliques, 1920, где приводятся различные данные и о запасах водной энергии во Франции и о способах ее использования. Ранним образом полны хозяйственных данных и комментарии к водным законам.

⁷¹) О. с. стр. 142-143, 156.

средства производства. Веяниям времени отвечает идея старого германского права о делимости права собственности и о совокупном обладании (*Teilbarkeit des Eigentums und des Gesamteigentums*⁷²).

Гирке⁷³ объясняет историческое происхождение поделенной собственности необходимостью передела сосредоточившейся в руках немногих земельной площади между более широким кругом населения. Ныне вновь устанавливаемое верховное обладание (*Oberherrschaft*) государства получает правовое признание для того, чтобы вещи, находящиеся в собственности отдельных лиц, подчинять в некоторых отношениях служению общему благу⁷⁴).

Создается собственность высшего и низшего порядка (*Ober u. Untereigentum*) и, подобно тому, как ранее существовала собственность сеньоров и собственность крестьян, так теперь намечается собственность государства и трудовая собственность (*Arbeitseigentum*) хозяев. Так, напр., собственник земли должен жить и вести сам правильно организованное хозяйство, чтобы гарантировать себя от принудительного приобретения земли для целей колонизации, и, таким образом, его собственность на имение „трудовая собственность“⁷⁵).

Известные задания по отношению к государству возлагаются и на индустриальные предприятия, которые также подпадают под верховное господство государства. Период войны с его реквизициями и секвестрами укоренил, по мнению Гольдшмидта, в правовых воззрениях народа идею верховенства государства над частною собственностью⁷⁶).

Эта идея, как имеющая корни в прошлом, легко, по мнению Гольдшмидта, привилась новому правосознанию и, в противовес ей, для гарантии частных прав и интересов, крепнет убеждение в необходимости признания субъективных публичных прав собственника против государства. Растущее могущество государства будет усиливать потребность в

⁷²) Randa (о. с. стр. 14-16) категорически отрицает существование „поделенной собственности: нераздельное право настоящего собственника ограничено определенными правами третьих лиц“.

⁷³) D. Priv. Recht B. II s. 372.

⁷⁴) Эта искусственная конструкция использована Б. С. Мартыновым в книге С. И. Аскинази и Б. С. Мартынов „Гражданское право и регулируемое хозяйство“ (Ленингр. 1927) для конструкции имущественных взаимоотношений государства и трестов в С. С. С. Р.

⁷⁵) О. с. стр. 139, 168.

⁷⁶) О. с. стр. 140.

развитии института публичных суб'ективных прав в отношении собственности и связанной с признанием этих прав ответственности государства и обязанности возмещения⁷⁷).

Представление о делимости права собственности (по этажам—высшая и подчиненная) получает еще и другое выражение. Собственность разделяется на ряд составных правомочий, в ней содержащихся, которые приобретают как-бы самостоятельность⁷⁸).

В то время как первое деление представляет из себя лишь различие двух отдельных правомочий на всю собственность в совокупности, второе, говорит Гольдшмидт, носит характер деления на доли: каждая доля является выделенным из собственности правомочием. Применяя вошедшее в обиход сравнение, можно сказать, что в первом случае деление горизонтальное, во втором—вертикальное.

В отличие от ограниченных вещных прав, долевые части собственности, по природе своей, равны ей, в то время как первые являются обременением собственности. Примером выделенного из собственности правомочия в действующем праве может быть право застройки (Erbbaurecht). В праве будущем, по мнению Гольдшмидта, институту этому предстоит широкое развитие в разнообразных формах. Собственник имения может выделить другому в его полное обладание право на лен и табак на поле; собственник здания—право на машины, которые встроены в здание, и на отдельные этажи.

В чем-же выгода подобного деления? Гольдшмидт усматривает ее в возможности наиболее интенсивного хозяйственного использования вещи, когда права на нее предоставляются нескольким лицам, каждому для особой цели, независимо одному от другого. Водное право, говорит он, может богато иллюстрировать эту мысль. Здесь сходятся интересы промышленности, сельского хозяйства, рыбной ловли и др. Различные виды пользования одним и тем-же объектом (водами) могут быть предоставлены различным лицам, отделяясь от права собственности на более или менее продолжительный период. Таким образом, облегчается возможность наиболее целесообразной организации водного хозяйства и, таким образом, водное право получает место в системе хозяйственного права, понимаемого, как право организации хозяйства, для усиления его продукции.

Изложенное свидетельствует, что и Гольдшмидт, который в его изложении хозяйственного права ближе других подошел к вопросам

⁷⁷) Там-же, стр. 139 и 141. Рассуждение Гольдшмидта лишь подтверждает, что представление о верховных правах государства не больше, как идея ограничений собственности. Ср. мнение Ранда, выше примеч. 72.

⁷⁸) Здесь мы видим опять существенное искажение природы собственности, которая не рассматривается, как сумма правомочий. (Ср. выше прим. 19).

водного права и высказал ряд общих идей, на которых могла бы быть построена особая конструкция этого права, не предложил, в сущности, ничего такого, что непосредственно вытекало бы из идеи и системы „хозяйственного“ права.

И при наличии представления о праве собственности на землю, как о частно-правовом господстве на известной территории, открывающем самые разнообразные способы и виды пользования и распоряжения, вполне допустимо предоставление некоторых полномочий другим, т. е. создание того, что Гольдшmidt изображает, как вертикальное деление собственности, но что, в сущности, является не более, как ограничением собственности в пользу третьих лиц. Геометрические образы не вносят здесь никакой ясности.

Что касается связи этих построений с идеей хозяйственной организации, в целях увеличения продукции, то она не больше той, которую можно установить между каждою законодательною нормою, преследующею цели развития и укрепления частных хозяйств, и общо-экономическою политикою.

Видоизменение наследственного права, в целях концентрации имуществ (майораты), могло бы, напр., целиком отнестись к „хозяйственному праву“ (этого отдела нет у Гольдшmidtа); постановления о переходе по наследству сельско-хозяйственного инвентаря вместе с именем (ср. прим. к ст. 1128, т. X ч. 1 изд. 1914 г.) так же относились бы к „хозяйственному“ праву. Несомненно, во всех областях гражданского права, не исключая и семейного, возможно сознательное проведение мероприятий, которые оказывают стимулирующее влияние на хозяйственную жизнь. Семейное и наследственное право связаны, напр., существенным образом с проблемою населения. Допущение дробимости земель может, напр., вызывать искусственное сокращение деторождения, в целях уменьшения числа наследников. Существование права первородства в преемстве земельных владений принуждает родителей со спокойною совестью оставлять других детей без недвижимости, с расчетом на заработки и личный успех. Законодательство о внебрачных детях, в зависимости от того, ставит ли оно их в положение „зазорных“ или не делает существенного отличия от законных, также оказывает влияние на отношение матерей к появлению на свет плодов запретной любви и, таким образом, с проблемами населения. Нужно ли объяснять, какую тесную связь имеет вопрос о населении с судьбами народного хозяйства.

Современное состояние науки гражданского права, уже широко воспринявшей идеи проф. Петражицкого о влиянии права на

хозяйственную жизнь и о гражданской политике⁷⁹⁾), как науке, открывающей, в частности, пути и средства сознательного управления хозяйственной жизнью,—делает научным анахронизмом создание систем какого-то специального хозяйственного права. Конечно, для школьных целей возможно было бы создать сборную дисциплину, сводящую в систему различного порядка нормы, из области как публичного, так и частного права, связанные с народным хозяйством и влияющие на развитие его в сторону усиления его продуктивности. Но эта система не может претендовать на научно-классификационное значение.

Наука гражданского права не может не включать, без опасности подвергнуться пороку хромания, и те принудительные нормы, которые устанавливает государственная власть, подчиняя интересы частных лиц общему благу. Но неправильно думать, что гражданское право, вне этих принудительных норм, не служит тем-же народно-хозяйственным целям, что частная собственность, что свобода договоров и наследование могли бы существовать, если бы они не оказывали оздоравливающего влияния на психологию, управляя хозяйственной энергией миллионов людей в сторону одновременного повышения частного и общего благосостояния.

Часть того, что называется теперь хозяйственным правом, испокон веков составляет предмет ведения цивилистов и входит в область изучения и изложения науки гражданского права.

Другой составной элемент хозяйственного права это то, что должно относиться к публично-правовым дисциплинам. Существование особых публично-правовых органов, ведающих народным хозяйством, специальные права, им предоставляемые, обязанности и права граждан носящие характер публичных повинностей и субъективных публичных прав, дают основание создать особый курс административно хозяйственного права, которое, по своей обширности и специальному содержанию, уже давно напрашивается в науке административного права к выделению из общего отдела полиции благосостояния.

Учение о предметах общего пользования и, в частности, о водном праве, также может быть построено либо, как сборная дисциплина, объединяющая и публично-правовые институты, с ним связанные, и нормы частного-правового характера, или же оно может быть разложено на составные элементы и распределено по соответствующим отделам гражданского права, с одной стороны, и административно-хозяйственного—с другой.

⁷⁹⁾ Leo v. Petrazycky—„Die Lehre vom Einkommen“ В II. Anhang: Entwurf (II), Civilpolitik und politische Oekonomie. 1895 г. Его же „Введение в политику гражданского права“ Ученые Записки Киевского Университета 1896 г.

Мы подходим, таким образом, вплотную к анализу юридической природы институтов нас интересующих и, прежде всего, водного права в его современной трактовке. Нам предстоит определить, поглощено ли в них частное право публичным или нет. Предыдущее изложение еще не дает окончательного ответа на этот вопрос, но оно должно было показать, что теория собственности не включает в себе каких-либо непреодолимых препятствий для признания вод подчиненными этому основному из частных прав, что право на предметы общего пользования может быть построено и на частно-правовых началах и что для выяснения природы занимающих нас институтов следует обращаться не к сборной дисциплине хозяйственного права, а к старым еще далеко непоколебленным понятиям частного и публичного права.

ГЛАВА VI.

ФРАНЦУЗСКОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО.

Разграничение вод по признаку пригодности для судоходства и сплава. 1. Домэниальные реки. Вопрос о праве собственности на домэны. Три точки зрения (Ориу, Бертелеми, Жез). Доказательство собственности государства на домэниальные реки. Целесообразность этой конструкции. Права прибрежных владельцев и прочих пользователей.— 2. Несудоходные и несплавные реки. Подчинение их принципам публичности. Частные воды (замкнутые, дождевые, снеговые). Право береговых владельцев на русло несудоходных рек. Соучастие береговых владельцев в пользовании водою несудоходных рек. Право администрации на прекращение, ограничение и регулирование пользования. Обязанности прибрежных владельцев.—Общая характеристика французского водного законодательства.

Еще во Франции старого режима (орлонансы XVII в.) проводилось различие между судоходными и несудоходными реками. Оно было воспринято и в art. 538 Code civil. Критерием служили чисто фактические данные о пригодности реки для судоходства и сплава, независимо от того, было ли это свойство естественным или достигалось искусственно.

На практике возникала, однако, потребность более точного разграничения рек, которые, в силу своей судоходности или пригодности к сплаву, объявлялись государственными домэнами, и тех, которые оставались в обладании частных лиц.

Издание же рыболовного устава 1829 года сделало необходимым точное разграничение рек той и другой категории, так как право рыбной ловли, согласно этому уставу, в одних реках составило привилегию государства, в других — частных лиц. В виду необходимости точного разграничения домэниальных и частных рек, рыболовный устав определил порядок опубликования перечня домэниальных рек. Перечень этот был издан в 1835 г., а затем подвергался несколько раз исправлениям.

Возникла и другая надобность. Регламентация прав и обязанностей прибрежных владельцев и пользователей водою рек той и другой категории находила себе место в ряде отдельных законодательных актов, что представляло большие неудобства. Собрать их в один закон оказалось, однако, не так легко, т. к. в связи с изданием водного закона подымалось много спорных вопросов и скрещивающихся интересов. Только 8 апреля 1898 года Франция получила, наконец, долгожданный закон, определивший юридическое положение домэниальных и частных вод. Закон сохранил деление вод на категории, в зависимости от судосудности или несудосудности их¹⁾.

1. Судосудные и сплавные реки.

Ст. 34 закона 1898 г. провозглашает, что реки и речки судосудные и сплавные (лодками, тягою или плотами) являются государственными домэном, начиная от того места, где становится возможным судосудство или сплав, и до самого их устья. „Равным образом являются государственным домэном а) рукава рек даже не судосудные и не сплавные, если они берут начало ниже того места, с которого реки и речки становятся судосудными и сплавными, и б) затопляемые и заводняемые места, в которых вода набирается из тех же рек и речек“.

Из этого текста мы видим, что французский закон интересуется не размером вод (он не упоминает, напр., об озерах²⁾), а исключительно судосудностью.

Юридическое значение принадлежности вод к категории *domaine public* определяется сущностью этого понятия. Закон (art. 538 *Code civil*) определяет сущность государственного домэна отрицательно—это часть французской территории, не могущая быть предметом частной собственности. Положительным признаком является предназначение (*affectation*) для общественного служения.

Юридическое положение публичных домэнов значительно изменялось в историческом процессе. В дореволюционной Франции они рассматривались, как собственность короны, революция превратила их в собственность нации, кодекс Наполеона создал понятие государственного домэна: слова *appartiennent à la nation* были заменены словами *appartiennent au domaine public*. Неотчуждаемость домэнов, изъятие их

¹⁾ Обширная литература вопроса приведена в *Bibliographie générale des sciences juridiques*, изд. *Recueil Sirey* (A. Grondin) 3 v. 1800-1926 См. v. I p. p. 215-220 „Eaux“. Особо должен быть отмечен обширный труд *Fabreguettes—Traité des eaux publ. et des eaux privées* 2 vol 1911 г.

²⁾ Четыре, пригодные для судосудства, озера отнесены к *domaine public* специальными актами. Часть озер составляет *domaine privé* государства и коммун, а большинство—частную собственность отдельных лиц, по принципу *portio fundi* (*Fabreguettes*, v. II стр. 119).

из гражданского оборота и специальное назначение заставляли юристов считать эти имущества за вещи, никому не принадлежащие, находящиеся лишь под охраною государства³⁾, но в настоящее время часто встречается и иное мнение⁴⁾.

Изменению точки зрения на доминиальное право способствовало включение в категорию доменов шоссе, железных дорог (по закону 15 июля 1845 г. они причислены к *grande voirie*) и публичных зданий. Вопрос о собственности решался безусловно отрицательно, когда шла речь о праве на реку или большую дорогу и когда объект собственности казался отвлеченным, а самая собственность, поэтому, лишенною практического значения. Расширение круга доминиальных имуществ заставило пересмотреть эту точку зрения, при чем пересмотр распространился так же на реки и дороги. Причиною отрицания собственности на реки и дороги служило, по замечанию О р и у⁵⁾, отсутствие разграниченного пространства (*point de vue du mètre carré*).

Стоит, однако, говорит тот-же Ориу, сузить вопрос и поставить его в пределах небольших территорий и не будет уже сомнений, что известное количество участков морского берега или часть ложа реки, освободившиеся от воды, поскольку, при этом, они освобождаются от своего назначения быть предметами общего пользования (*désaffectation*), могут стать предметом собственности и поступить в обыкновенное обладание администрации. Но, если это возможно в отношении небольших участков, то приобретает практическое значение и вопрос о больших, и тогда исчезает уже затруднение признать возможность частной собственности на морские берега и реки⁶⁾.

Неотчуждаемость публичных доменов и неподчиненность их действию приобретательной давности существуют только до тех пор, пока остается в силе назначение их для общего пользования. Но назначение это может быть прекращено в особом порядке, установленном для освобождения вещей от назначения для общего пользования. Таким образом, неотчуждаемость публичных имуществ не абсолютна. Воз-

³⁾ Colin-Capitant—Cours élémentaire de droit civ. franç. 4 ed. стр. 706. доказывает, что государство не имеет права собственности на публичные домены, так как отсутствуют элементы собственности: *usus* предоставлен всем, *fructus*—нет, по природе вещей, *abusus* не допустим, в силу особого положения этих вещей. С этой точки зрения, государство только сторож и опекун доминиальных имуществ (ср. С. Turgeon—De la possession annale des eaux courantes стр. 127).

⁴⁾ Ср. определение у Ф а б р е г э т т а—право на *domaine public* это право собственности, принадлежащее административному лицу (государству, департаменту, коммуне), видоизмененное в своих проявлениях предназначением для общественного служения той вещи, на которую оно установлено (Fabreguettes I, 49 прим. 2).

⁵⁾ Hauriou р. 615, I. Точка зрения О р и у, уже изложенная в общих чертах в первой части нашей работы (гл. IV), здесь развивается несколько полнее, применительно к изложению и характеристике французского водного законодательства.

⁶⁾ Ibidem стр. 617-618. примечание.

можно, в частности, отчуждение этих имуществ для других общественных надобностей, в связи с чем публичные домены могут быть передаваемы от государства департаментам и общинам или, наоборот⁷⁾. Если-бы юридическое положение публичных доменов государства не изменялось-бы при переходе их в ведение департаментов или коммун, то не было-бы надобности изменять и их наименования. Очевидно, вместе с изменением назначения происходит смена управомоченных суб'ектов, что служит косвенным доказательством признания прав собственности на эти имущества.

Исключение публичных доменов из частного оборота (продажа, залог, установление сервитутов) не препятствует все же установлению некоторых прав на них, так, напр., посредством концессий устанавливаются прекарные вещные права.

Не подлежит сомнению, что публичные домены, пока они остаются таковыми, не могут стать собственностью частных лиц и что распоряжение этими имуществами в отличие от частных доменов (*domaine privé de l'état*) происходит в публично-правовом порядке. Это ограничение права распоряжения и оборотоспособности не исключает, по мнению Ориу, собственности на публичные домены, даже когда они обременены предназначением для общего пользования. Если эти вещи исключены из оборота не вследствие их физических свойств, которые делают их необоротоспособными, а в силу особого назначения, то они пришли из сферы собственности, и, следовательно, могут туда вернуться, а, значит, они и остаются все время собственностью⁸⁾.

Право знает случаи искусственного установления неотчуждаемости и других имуществ, напр., дотальных, что предпринимается вовсе не для уничтожения права собственности на них, а для временной иммобилизации⁹⁾.

⁷⁾ Во Франции различается несколько видов доменов: *domaine public d'état*, *dom. publ. departamental*, *communal*.

⁸⁾ Même pendant leur affectation, ces choses demeurent des objets de propriété (Hauriou p. 627). Говоря о том, что публичные домены пришли из сферы собственности, Ориу имеет в виду, l'Edit de Moulin de 1566, из которого заимствовало французское современное право формулу неотчуждаемости доменов и который предполагал собственность короля на реки.

Planiol применяет к доменам свое учение о „коллективной собственности“, считая публичные домены коллективной собственностью нации. (*Traité élém. de droit civ.* 10-e éd. 1925 v. I p. 1006.). Он не усматривает принципиального различия между индивидуальной и коллективной собственностью, оправдывая включение в Гражд. Кодекс норм о доменах (там-же p. 1010)

⁹⁾ Действительно, можно не без успеха провести аналогию публичного домена с дотальным имением по римскому праву. Распоряжение этими имениями со стороны мужа было настолько стеснено, что подвергался сомнению вопрос о праве собственности его на это имущество, но формально право собственности все-же признавалось за ним. Такое формальное сохранение права собственности усматривает Ориу и у государства на публичные домены.

Ориу считает важным отметить, что и понятие собственности не следует брать непременно в том его виде, как оно вылилось в правосознании квиритов: *jus utendi et abutendi* значительно теперь поблекло во второй части этой формулы. Английская собственность, по его словам, очень отличается от французской. *Jus abutendi* уничтожено у администрации по отношению к публичным доменам не больше, чем у жены на неотчуждаемую часть приданого, оно только парализовано¹⁰⁾.

Точка зрения Ориу разделяется, конечно, не всеми. Другой видный французский административист, Бертелеми, придерживается и теперь господствующего взгляда, что публичные домены стоят вне собственности¹¹⁾ и что государство или коммуна являются только эвентуальными собственниками публичных доменов после прекращения общего пользования. Но Бертелеми не может игнорировать различные признаки, сближающее право на публичные домены с собственностью¹²⁾, и перечисляет отдельно такие права государства (коммун), как, напр., право на плоды, на клад, на приращения, право на получение выгод, которые оговариваются государством (коммунами), при установлении временных прав пользования доменами. Все эти права ему приходится считать самостоятельными. Не проще ли было-бы выводить все эти права из потенциала собственности?

Третья точка зрения поддерживается административистом Жез¹³⁾. Будучи сторонником теории Отто Майера, он конструирует право на публичные домены, как „публично-правовую“ собственность. Особый характер этой собственности проявляется в ограждении ее от ограничительных постановлений соседского права, в стеснении свободы государства распоряжаться судьбою домена и, наконец, в специальных полномочиях власти, проистекающих из особого назначения доменов, как-то: в праве административных распоряжений, административной защиты от захватов, в праве одностороннего определения границ публичной собственности и разрешения важных вопросов вне общего судебного производства.

Мы видим здесь, в этих учениях Ориу, Бартелеми и Жез, те основные точки зрения на юридическое положение предметов общего пользования, которые уже знакомы нам по предыдущему изложению (Предисловие и гл. V). По соображениям, ранее приведенным, нам

¹⁰⁾ О. с. р. 629 прим. 1.

¹¹⁾ Berthelemy о. с. р. 459-460.

¹²⁾ О. с. стр. 464 сл.

¹³⁾ Gaston Jèze „Das Verwaltungsrecht der Francösischen Republik“ в издании Das öffentliche Recht der Gegenwart B. XXIII Buch. IV стр. 237-272.

представляется более правильной точка зрения Ориу и его единомышленников¹⁴).

Эта точка зрения применяется ими к морским берегам и к рекам: *car des portions du rivage de la mer et des fleuves peuvent très bien être appropriées*¹⁵).

Французские теоретики могли-бы использовать для защиты частно-правовой конструкции права на домены колониальное законодательство Франции.

Так, напр., в Алжире, согласно закону 16 июня 1851 г., все воды объявлены публичным доменом: не только реки и каналы, но и ручьи и источники (*des cours d'eau de toute sorte et des sources*). Подобного же рода законы действуют в Тунисе, на Мадагаскаре и в Конго.

Включая в публичные домены Алжира все воды, законодатель, тем не менее, сохраняет в силе существующие права собственности, usufrukta и пользования, приобретенные до обнародования упомянутого закона 1851 г., на соленые озера, ручьи и источники. Таким образом, закон ясно указывает, что в публичные домены включаются и такие воды, которые могут составлять предмет частной собственности. Естественно, что включение подобных вод в состав доменных имуществ несколько не изменяет характера их использования, облегчая лишь введение более усовершенствованного хозяйства и более действительный надзор. Поэтому и в руках государства воды Алжира или Туниса будут служить не столько общему пользованию, сколько целям ирригации. Они будут, по прежнему, пополнять собою оросительные каналы, только, быть может, более мощные, и будут распределяться по полям за плату, чтобы утолять жажду сухих земель. Как мало картина эксплуатации этих вод, используемых чуть не до последней капли, походит на ту, которая рисуется обычно в связи с представлением о большой судоходной реке, обильные воды которой спо-

¹⁴ Ср. Louis Bernard—Du droit de propriété de l'État sur les biens du domaine public p. 123 s-s.

¹⁵ О. с. р. 640 (2). Эта точка зрения была принята Госуд. Советом Франции Cons. d'Et. 22 apr. 1904. Подтверждением ее целесообразности не может служить изданный во Франции в 1919 г. закон об использовании водной энергии (см. ниже гл. IX). Предоставляя возможность установления концессий на судоходных и сплавных реках, он предусматривает переход в собственность государства устраиваемых концессионером предприятий. Предприятия эти (в большинстве случаев промышленные) эксплуатируют водную энергию, с целью извлечения прибыли и, таким образом, государство, по переходе в его собственность подобных предприятий, будет извлекать прибыль из своего права на публичные домены, обладая устроенными на них чисто капиталистическими предприятиями. На первый взгляд представляется, что здесь открываются совершенно новые горизонты, освещение которых достигается гораздо лучше с помощью частно-правовой конструкции права на публичные домены (т. е. признанием собственности государства на них), чем с помощью одних только рефлекторов публичного права. Однако, переход предприятий указанного типа к государству предусматривается законом 1919 г. и в отношении несудоходных и несплавных рек, которые нельзя причислить к доменным (ср. Durand—Dastès стр. 139-146; Turgeon стр. 71).

койно текут по равнинам, откупаясь от притязаний людей лишь некоторыми дарами своими и не опасаясь, что на них распространится власть человека целиком. На первый взгляд, право на воды судоходных рек кажется настолько связанным естественным назначением этих рек, что человек не в силах что-либо изменить в этом естественном порядке и подчинен ему. Но мы уже видели, что и здесь человек научился широко использовать водное течение для извлечения частных выгод и что публичный домен открывает и в отношении больших судоходных рек широкие возможности для пользования ими на началах частно-правового хозяйства. Что же касается вод Алжира, Туниса и других районов поливного хозяйства, то там использование вод, составляющих тоже публичный домен, и вовсе далеко от преимущественного служения общему пользованию: оно происходит в порядке их распределения между частными хозяйствами и государство осуществляет в отношении их не только надзор и общее регулирование, сопровождаемые иногда извлечением фискальных выгод, а преимущественно хозяйские права. Оно при этом руководствуется, конечно, интересами общего блага, но это становится теперь все более обязательным и для всякого частного собственника.

Учение о *domaine public* всецело распространяется на судоходные и сплавные реки и, поскольку мы признаем, что под наименованием публичного домена скрывается частная собственность, ограниченная общим пользованием, то и судоходные и сплавные реки во всем их объеме, т. е. земельное пространство (русло), покрытое водою, следует признать собственностью государства.

Только такая конструкция даст удовлетворительное решение всем вопросам, какие могут возникать, например, при ирригационном хозяйстве. Право на русло означает, что государству принадлежат деревья, гравий, песок. Право на русло, вместе с водою на нем протекающею, означает, что государство, как собственник, может пользоваться всеми видами выгод, которые представляет текущая вода¹⁶⁾. Там, где возможно использовать и самую воду (ирригация), право государства распространяется и на нее; где это представляется невозможным, там вода остается *res communis omnium* и государству принадлежит только право на извлечение отдельных выгод¹⁷⁾.

¹⁶⁾ Ср. *Fabreguettes I*, 639 (1), где имеются ссылки на практику французских судов.

¹⁷⁾ Иначе определяется юридическое положение дождевой воды. Она не *res communis*, которая исключена из оборота и, следовательно не может быть предметом чьей-либо собственности, а *res nullius*, которую можно приобрести в собственность посредством оккупации. Во Франции практикуется выдача государством разрешений на собирание дождевой воды, стекающей с улиц. Французские юристы (см. главу курса *Hauriou o grande voirie*) считают, что государство передает другим право, которое приобретает само, как оккупант.

Включение вод в категорию доминиальных тем самым открывает их для общего пользования, причем прибрежным собственникам, в виду их преимущественного положения, предоставлены несколько большие права, чем прочим пользователям.

Всем предоставляется, если этому не препятствует доминиальное назначение вод, почерпать воду для хозяйственных надобностей, купаться, поить скот, стирать и т. д.

Право рыбной ловли предоставляется всем, но не всеми способами, а лишь удочками. Рыбная ловля садками, сетями и проч. сдается государством на откуп (зблочная статья).

Устройство купален и спортивные состязания на воде допускаются лишь с разрешения мэра.

Судоходство свободно, но оно подчиняется указаниям полиции, и если законные распоряжения власти причинят кому либо невыгоды, то права на вознаграждение в этом случае нет.

Берега судоходных и сплавных рек принадлежат на праве собственности береговым владельцам. Последние обязаны их содержать, в то время как содержание, установка баканов и очищение этих рек лежит на обязанности государства. С разрешения властей береговые владельцы в праве устраивать заградительные насыпи, для предохранения от наводнения.

Береговое право подвержено превратностям судьбы. Реки, как судьба, дают и отнимают. Они расточают благо и зло, то примывая, то отрывая землю.

Собственники берегов приобретают право на намывы—это их главное преимущество.

Закон (ст. 556 С. с.) не различает, каким способом возникли намывы—естественно или вследствие работ, произведенных человеком, но в виду того, что закон говорит о постепенном и незаметном нарастании земли, теория и практика истолковывают закон в смысле непризнания права береговых владельцев на намыв, образовавшийся сразу (*d'un seul coup*) или в результате выполнения искусственных сооружений (насыпей).

Другое преимущество прибрежных владельцев—это право их на высохшее русло. Ст. 563 С. с. в редакции закона 1898 г. проводит ту мысль, что ложе рек, покинутое естественным путем, остается собственностью государства, но из публичных доменов перечисляется в частные (*domaine privé*). Государство обязано продать высохшее русло прибрежным владельцам, если они заявят желание приобрести его.

Река может переменить русло и не случайно, а вследствие намеренно произведенных работ, которые производятся с применением закона об экспроприации и, следовательно, с вознаграждением заинтере-

сованных лиц. В этом случае государство сохраняет свое право на старое русло и не обязано продавать его.

В случаях, противоположных намыву, т. е. когда земля отрывается так, что представляется возможным указать, куда она отнесена, то (ст. 559 С. с.) собственник унесенной части может требовать признания его собственности теми, к чьим берегам оторванная земля отнесена. Эта претензия может быть, однако, заявлена не позже, чем через год¹⁸⁾.

Обязанностью береговых владельцев является оставление бечевника и пешеходной тропинки (*le halage et le marchepied*). Обязанность эта на реках, где совершается только сплав, ограничивается оставлением одного только прохода. Согласно теории сервитутов, она не предполагает со стороны прибрежных владельцев содержания и устройства путей, а ограничивается обязанностью оставлять необходимое свободное пространство.

Во Франции существует еще со времени ордонанса 1672 года сервитут предоставления на берегу места для склада сплавного леса.

Пользование водою судоходных и сплавных рек, если оно не предусмотрено законом, может быть предоставлено посредством концессии. Таким порядком разрешается устройство вододействующих сооружений, вывод вод, извлечение камня и песку из русла рек, рыбная ловля иными способами, чем удочкою, устройство переправ (*bacs*).

На государственные воды (*domaine public*) концессии предоставляются государством, на коммунальные (*domaine communal*) — коммунами. Все концессии считаются прекарными и отменными. Исключение составляют лишь те концессии, которые установлены при переходе вод в разряд доминиальных. В этих случаях считается, что предназначение на общее пользование было последующим, по сравнению с моментом установления концессии.

Если на концессионных началах создается предприятие, обслуживающее общественные нужды, то предприниматели (концессионеры) принимают на себя обязательства, перечисленные в так называемых *cahiers des charges*, где указываются различные виды платежей за предоставленную концессию (фиксированные ежегодные взносы, процентные отчисления и, обыкновенно, частичная плата натурою, напр., отпуском энергии, а также определяются условия, на которых предприниматель должен удовлетворить своих клиентов при устройстве, например, водопровода или электрической станции.

¹⁸⁾ Это положение французского закона 1898 г. воспринято почти всеми немецкими водными законами (См. ниже гл. VII).

2. Несудоходные и несплавные реки.

Закон 1898 г. разрешил важную контроверзу водного права, определив, что береговым владельцам принадлежит собственность на русло несудоходных и несплавных рек, но не на воду их.

Другое важное положение закона—что правильный сток вод и надлежащее их использование должны находиться под надзором власти.

Этими основными мыслями закона определяется его дальнейшее содержание.

Несудоходные и несплавные реки подлежат попечению и надзору публичных властей, а потому их следует отграничить от других вод.

Понятие—„публичные текущие воды“ (*les eaux publiques et courantes*) не обнимает стоячие и замкнутые воды, к которым административные власти имеют отношение только с точки зрения здравоохранения. Для более точного определения категории публичных текущих вод, следует принять во внимание, что, по смыслу закона (ст. 643 С. с.), под ними разумеюся текущие воды, рождающиеся из источников. В нее, следовательно, не входят дождевые и снеговые воды¹⁹⁾. Этот вывод связывается с тем, что закон говорит о правах береговых владельцев, которые должны приниматься во внимание при определении размеров и условий пользования. Права же эти возникают только тогда, когда идет речь о водах источника, выходящих из пределов места их первоначального появления и протекающих по другим землям. Если собственник участка может использовать всю воду источника так, что она не будет выходить за его пределы, то этот источник уже не подойдет под понятие публичных текущих вод. Это будет уже вид частных вод, но при действии закона 1898 г. собственник земли может использовать таким образом воду источника, лишь при наличии действительной нужды в этом²⁰⁾.

Таким образом, неточно было-бы относить к категории публичных вод по французскому праву только судоходные и сплавные реки. Оно выражает тенденцию расширить применение начала публичности. Во всяком случае, если под частными водами разуместь такие, пользование которыми находится вне контроля и регулирования власти, то в категорию частных вод нельзя будет включить несудоходные и несплавные реки, русло которых принадлежит на праве собственности береговым владельцам, но пользование водою которых подчинено административному надзору и может быть поставлено в зависимость от разрешения.

¹⁹⁾ Colin-Capitant о. с. р. 730 s. s.

²⁰⁾ „Dans les limites et pour les besoins de son héritage“. Planiol о. с. р. 782.

Уже указано, что пока источник используется владельцем земли, на которой он находится, он составляет, согласно французскому закону, собственность этого владельца и может быть предметом различных сделок²¹⁾, но, раз он дает рождение постоянно текущей воде, проходящей через земли нескольких владельцев, последние приобретают некоторые права на источник²²⁾. Они могут требовать, чтобы не было допущено какое-либо изменение течения воды во вред им и чтобы было устранено загрязнение, которое может лишить их притока чистой воды. Ориу, доказывает²³⁾, что право это не может быть понимаемо, как сособственность. Такая конструкция привела-бы к тому, что экспроприация вод источника должна была бы сопровождаться в каждом случае вознаграждением всех совладельцев. В действительности они никак не могут доказать, что им принадлежит вещное право на проточные воды. Такое право признается лишь за собственником участка, где находится источник. Процедура и условия экспроприации должны иметь место только тогда, когда она приурочена к тому земельному участку, на котором рождается источник: здесь ясно выявляется точка зрения, что право на воды есть право на землю, покрытую текущей водою.

Что касается владельцев нижних участков, то им принадлежит право на вознаграждение лишь тогда, когда владелец выше лежащего участка выводит воду из русла и не возвращает ее обратно в месте выхода на чужой участок. Это право не имеет характера абсолютно-го. К праву на вознаграждение может присоединиться право на оставление некоторого запаса воды для местных нужд. Оно признано и охраняется, напр., законом 1919 г. об использовании водной энергии. Кроме того, нельзя лишать питьевой воды жителей населенного места (*d'une agglomeration*).

До издания закона 1898 года судебная практика придерживалась взгляда, что несудоходные и несплавные реки являются *res communes*, что, следовательно, береговым владельцам не принадлежат ни русло, ни вода²⁴⁾. Как уже указано, новый закон принял другую конструкцию: он признает русло собственностью береговых владельцев, а воду объявляет никому не принадлежащею *res communes*. Сток вод по чужой земле рассматривается, как сервитут (закон 8 апр. 1898 г. ст. ст. 3-6).

Конструкция эта очень ясно определяет права береговых владельцев на выгоды, связанные с принадлежностью им русла.

²¹⁾ Fabreguettes—II, p. p. 176, 179, 192. Заинтересованные лица могут выговорить себе сервитут *non retinendis* (art 642).

²²⁾ Там-же p. 186, 194-196; Hauriou p. p. 499, 502 (прим.)

²³⁾ О. с. p. 501-504 (прим.).

²⁴⁾ Взгляд этот спорен, некоторыми юристами доказывалось, что несудоходные реки принадлежали береговым владельцам (*Colin-Capitant* о. с. стр. 737-738).

Береговые владельцы имеют исключительное право на гравий, песок и др. материалы, добываемые из русла.

Если река изменяет течение и освобождает старое русло, то береговые владельцы получают полную свободу распоряжения высохшим руслом. Следует, впрочем, отметить, что свобода распоряжения наступает не сразу. Согласно ст. 5 закона 1898 г., владельцы земель, по которым река проложила себе новое русло, имеют право принять меры для возвращения ее в прежнее русло. Но право это ограничено годичным сроком. По истечении года вновь создавшееся положение считается окончательным и искусственными мерами не может быть изменяемо иначе, как по взаимному соглашению заинтересованных сторон.

Далее—береговые владельцы в праве требовать вознаграждения за производство работ в пределах их владений.

Если несудоходная река искусственно превращается в судоходную, то береговые владельцы должны быть вознаграждены в порядке, установленном для экспроприации, за все выгоды, которые они утрачивают, как-то: за утрату исключительного права на рыбную ловлю, на добывание гравия, песку и проч. и вообще за право на русло, которое, при объявлении реки судоходною, становится уже доминиальным имуществом.

Некоторые французские юристы не одобряют новшества, введенного законом 1898 года, в отношении права на русло несудоходных рек. Они усматривают здесь утрату частного права, последствием чего является излишнее стеснение общего пользования. Так, напр., с изданием закона 1898 г. отпадает возможность пользоваться безвозмездно песком, камнем, илом реки. Береговые владельцы, как собственники, будут требовать за все платы. А, между тем, раньше администрация сама извлекала из ложа ручьев большую часть материалов, необходимых для исправления дорог. Излишнее затруднение возникло и для работ по превращению несудоходных рек в судоходные: создалась необходимость возмещать береговым владельцам стоимость русла²⁵).

Менее ясны результаты конструкции для определения прав береговых владельцев на пользование водою.

Вода не принадлежит никому. По закону 1919 года о пользовании гидроэлектрической энергией, вода находится в ведении государства и без разрешения или санкции последнего никто не может ею воспользоваться (для добывания электричества). Береговым владельцам в отношении воды протекающих по их землям несудоходных и несплавных рек предоставлено право пользования (ст. 644 С. с. и ст. 2 закона

²⁵) Hauriou р. р. 504-505 (прим.). Ср. выше гл. IV текст. и прим. 33.

8 апр. 1898 г.²⁶⁾. Так как закон говорит о праве пользования, то, следовательно, в случае если-бы административные власти не допустили какого-либо вида пользования,—прибрежные владельцы могут защищать свои интересы в административном суде²⁷⁾.

Но, подчинение рек надзору административных властей и проведение начала публичности во французском водном законе колеблют прочность этих прав. Уже допущенное пользование может быть ограничено или запрещено властями в трех случаях: а) если того требуют интересы здравоохранения, б) если возникает опасность наводнения и с) издается общее распоряжение, с которым существующее пользование войдет в противоречие.

Запруда, сооруженная с разрешения властей, не то, что стена, построенная на границе, говорит Ориу²⁸⁾. Если администрация разрешила поставить стену у большой дороги, она уже не может взять разрешения обратно и потребовать сноса ее, в то время как она в праве в известных случаях потребовать сноса или понижения запруды и, при том, не всегда с возмещением убытков. Не надо строить иллюзий на счет прочности легального титула (*titre légal ou existence légale*), определяющего существование подобных сооружений.

Закон 1898 года ввел „социализацию“ текучей воды, говорят французские цивилисты. Он подчинил ее вместо обычной частной апроприации началу разумного назначения, которое должно быть построено на началах „социальности“ и „коллективности“. Закон 1919 года об использовании водной энергии еще более усилил это начало²⁹⁾.

Обращаясь к более подробному освещению принадлежащих береговым владельцам прав пользования водою, следует прежде всего подчеркнуть, что это право именно прибрежных владельцев, а не более широкого круга лиц, несмотря на то, что, наприм., все землевладельцы, чьи владения по их расположению подвергаются опасности наводнения, участвуют в издержках на предохранительные меры и что многие землевладельцы нуждаются в использовании воды для орошения земель (землевладельцы водного бассейна³⁰⁾). Французский закон закреп-

²⁶⁾ За береговыми владельцами следовало-бы признать, кроме прав пользования, еще и права присвоения (напр., части воды для орошения), но французская доктрина еще не усвоила широко применяемого в немецкой цивилистике понятия присвоения, как особого права.

²⁷⁾ Berthelémy о. с. стр. 537 сопоставляет пользование со стороны прибрежных владельцев на несудоходных и несплавных реках и пользование на доминиальных (судоходных и сплавных) реках, где оно только терпит, но где нет прав на пользование, а, следовательно, не может быть и иска, в случае прекращения пользования.

²⁸⁾ Hauriou р. 509 (3).

²⁹⁾ Colin—Capitant о. с. стр. 734.

³⁰⁾ Ср. ниже постановления Баденского закона, говорящего о правах прибрежных и забрежных владельцев.

пляет преимущества именно прибрежных владельцев, но бремя участия в расходах по содержанию реки (расчистка) возлагает и на неприбрежных (ст. 22 закона 1898 г.).

Виды пользования водою, какие могут иметь место со стороны прибрежных владельцев, разнообразны: право рыбной ловли, вывод воды для орошения, устройство вододействующих сооружений. Но, все эти виды пользования находятся под контролем властей и ограничиваются не только распоряжениями общего характера, исходящими из идеи общего блага, но и необходимостью согласования интересов всех прибрежных владельцев.

Так как вода не принадлежит никому на праве собственности, то не существует и общности прав прибрежных владельцев на воды. Ни о какой сособственности здесь не может быть речи. Но, все-же, некоторая общность прав, хотя, и другого порядка, здесь существует. Едущие по улицам или идущие по тротуарам должны считаться с тем, что и другие имеют право ездить и ходить и отсюда проистекает полицейское регулирование совместного пользования. Право пользования водой, принадлежащее береговым владельцам, иного порядка, чем право езды по улицам, оно имеет больше сходства с правами лиц, владеющих домами вдоль одной и той-же улицы (*Anliegerrechte*), но оно имеет ту особенность, что при пользовании водою каждый прибрежный владелец должен считаться с тем, что водою этой-же реки пользуются и другие прибрежные владельцы нераздельно и отсюда, как и при надзоре за движением по улице, проистекает право администрации регулировать пользование водою. Так, напр., государственной власти предоставлено законом (ст. 9 закона 1898 г.) регулировать пользование водою, чтобы были примирены интересы сельского хозяйства и промышленности и были-бы соблюдены в должной степени существующие права собственности и другие приобретенные права.

Береговые владельцы связаны тем, что с момента выхода воды за пределы одного владения и превращения ее в текучую воду общественного значения (*eau publique et courante*), никто не может уже выводить воду из ее нормального русла, ко вреду для нижележащих участков. Устанавливается солидарность интересов, при отсутствии юридической общности прав. Естественно, что всякого рода пользование, которое грозит нарушить равномерное распределение выгод и может дать одному пользователю преимущества перед другим, должно быть допускаемо при известных условиях. Так обосновывается необходимость испрошения санкций власти или концессии при тех видах пользования, которые сопровождаются возведением сооружений (возведение плотин, водочерпалок, предприятий для извлечения гидроэлектрической энергии).

Ни одна запруда, ни одно сооружение для вывода воды, ни одна постройка вододействующих предприятий или мельницы, не могут быть предприняты без санкции администрации (ст. 11 закона 1898 г.). Эта санкция нужна для того, чтобы власть могла убедиться, что вода выбирается из реки, без причинения вреда водному течению. Таким образом, эта санкция отличается от концессии тем, что она не служит правоустанавливающим актом, а лишь условием осуществления существующего права.

Права пользования, принадлежащие береговым владельцам, по характеру своему, несомненно, гражданские права. Это права, осуществляемые каждым в его имущественных интересах, не связанные ни с каким общественным служением. Они являются вещными правами *suī generis*, отличаясь от других подобных прав пользования своею связанностью с правами и интересами других прибрежных владельцев. Но, по требованию заинтересованных лиц, суд должен произвести провизорное распределение вод, (art. 645 C. civ.), уточняя, таким образом, права прибрежных владельцев и придавая им большую определенность. Это имеет практическое значение, главным образом при орошении и вообще в случаях, когда выводится вода из реки и ее недостаточно для полного удовлетворения всех потребностей.

Картина фактических отношений, создающихся на основе французского законодательства о водопользовании прибрежных владельцев, вполне соответствует конструкции прав на реку, как на землю, покрытую текучею водою: право собственности на ложе реки соединяется с правами присвоения (рыбная ловля), с правами на различные виды пользования (извлечение различных выгод, какие может представить текущая по земле вода), не исключая и пользования самою водою вплоть до распределения ее в случаях необходимости по долям.

Мы видим также во французском водном законодательстве, как оно объединяет частное и административное право. Власть обязана регулировать водопользование в интересах общего блага. Отдельные заинтересованные лица имеют право требовать от власти санкционирования их пользования (устройство запруд, оросительных каналов) и — право обжалования незаконных решений и распоряжений власти (ст. 13 закона 1898 г.). С другой стороны, споры отдельных пользователей между собою и распределение между ними воды составляют компетенцию общего суда, так как здесь разрешается вопрос о гражданских правах и частных интересах.

Публичною обязанностью прибрежных владельцев является участие в расходах по расчистке реки (поддержание установленной глубины и

широты). В целях объединения средств и работ, там, где не существует специальных освященных традицией обычаев, организуются, для выполнения обязанностей по очистке специальные синдикальные товарищества, с исполнительной комиссией во главе³¹⁾.

Вообще, французское водное право, несколько разбросанное, имеющее в законе 1898 г. лишь выражение основных своих принципов, в совокупности своей охватывает все важнейшие практические вопросы. Новейшие тенденции французского законодательства направлены в сторону дальнейшего усиления начала публичности³²⁾, но в основе остается частно-правовая конструкция. Особенно наглядно проявляется это в тех случаях, когда права частных лиц входят в коллизию с административными распоряжениями. Французская судебная практика энергично защищает в этих случаях частные права, если только государственная власть не действует во имя публичных интересов. Частное лицо обладает правом на восстановление прежнего положения (*réintégration*), если нарушение его прав произведено административным распоряжением в частных интересах; судья может приостановить работы, если они нарушают законное владение (*possessio justa*) даже в том случае, когда работы эти разрешены администрацией³³⁾.

Нечего и говорить, что в тех случаях, когда права одних частных лиц входят в коллизию с правами других, то защита дается еще более широко: здесь применяются все средства как петиторных, так и владельческих исков, не исключая защиты того фактического положения, когда, при наличии необходимых реквизитов, приобретается право (*ex facto nascitur jus*).

³¹⁾ Образец декрета об организации работ и очистке реки приведен у *Fabreguettes II*, 70-82.

Синдикальные товарищества для выполнения различных мелиоративных работ, существующие во Франции на основании закона 1865 г., видоизмененного и дополненного законом 1888 г. и декретом 1894 г., обнимают и распространенные в других государствах водные товарищества. (См. гл. VIII). Ими выполняются, в частности, работы оросительные (ирригация) и осушительные (дренаж), по поводу которых действуют во Франции специальные законы. Ср. законы 19 июня 1854 г., 17 июля 1856 г., закон 1865 г., декрет 9 марта 1894 г. Содержание их и многих других специальных положений изложено у Фабрегэтта т. 2 стр. 279—сл.; 551 и сл.). Французское законодательство знает между прочим, и необходимые для осуществления этих работ легальные сервитуты (ст. 3 закона 29 апр. 1845 г.).

³²⁾ Ср. специальный закон 1919 г. об использовании гидравлической энергии, о чем ниже гл. IX.

³³⁾ Ср. *C. H. Turgeon—De la possession annale des eaux courantes* 1922 стр. 110, 114, 130, 141—142. Этот автор справедливо указывает, что если суд будет довольствоваться назначением вознаграждения за нарушенные интересы, то это будет равносильно искусственному расширению прав экспроприации. Работа Тюржона интересна, главным образом, своими обильными ссылками на практику общих и административных судов Франции, защищающих частные права водопользователей.

ГЛАВА VII.

ВОДНЫЕ ЗАКОНЫ ГЕРМАНИИ.

Водное право Германии представляет пеструю картину. В силу Art. 65 Einf. ges. к B. G. B. в этой области, так же как в горном законодательстве и в отношении рыболовства и охоты, было сохранено за отдельными германскими государствами право партикулярного законодательства.

За истекшие со времени издания германского гражданского уложения тридцать лет положение изменилось лишь в том смысле, что в отдельных государствах издан ряд новых специальных законов о пользовании водами, при чем эти законы во многом отличаются один от другого, подтверждая этим, что в правовой быт и воззрения в разных частях Германии успели глубоко вклиниться различные принципы, исторически и под разными влияниями вырабатывавшиеся в этой области права. В разнообразии водных законов проявлялось отчасти и различие водного хозяйства, условий и потребностей отдельных частей Германии.

В виду этого, попытки объединения водного права всей Германии еще не было сделано. Новая германская конституция 1919 года предоставила общегосударственному законодательству вопрос о судоходстве по рекам и озерам (ст. 7, п. 19) и поставила задачей республики принятие в собственность и управление важнейших водных путей, служащих общему сообщению (ст. 97)¹⁾.

Этим и ограничилась объединительная работа германской республики в отношении водного права.

Партикулярное водное законодательство Германии представляет большой интерес.

¹⁾ В исполнение этого был заключен государственный договор 1921 г. о переходе водных путей от отдельных государств к державе—Reich (R. G. Blatt 962-983), с передачей последней права собственности на соответствующие земли (§ 4), права на использование водной энергии (§ 3) и всех публичных и частных право-отношений (§ 5).

Вюртембергский закон 1 декабря 1900 г. очень широко определяет категорию публичных вод, причисляя к ней даже искусственные водные течения и оставляя в частной собственности (ст. 2) только грунтовые воды и источники, а так же воду, которая заключена в прудах, цистернах, колодцах, трубах и канавах, т. е. так называемые — замкнутые воды. Все остальные признаются публичными, хотя бы они и не были пригодны для судоходства и сплава. При этом Вюртембергский закон исключает частную собственность и на ложе публичных вод, рассматривая его, как вещь, предназначенную для использования на государственные нужды (ст. 7). Публичные воды, определяет закон, открыты для общего пользования. Отдельные лица могут сохранять за собою ранее приобретенные права пользования, которые, однако, подчиняются публичному праву (ст. 1).

Гессенское водное законодательство складывается из ряда отдельных законов. Один из них признает судоходные реки собственностью государства, но оставляет их открытыми для общего пользования, (закон 14 июня 1887 г. с изменениями, внесенными ст. 281 закона 17 июля 1899 г. о приведении в действие Герм. Гражд. Улож.). Другой закон объявляет публичными все свободнотекущие несудоходные и непригодные для сплава реки, ручьи и каналы. (Закон 30 июля 1887 г., измененный тем же законом 1869 г. ст. 282, и впоследствии еще законом 15 июля 1908 г., относящимся к публичным водам). Ложе судоходных рек считается собственностью государства. Ложе прочих рек, отнесенных к категории публичных (Bachgesetz) присвоено общинам. Замкнутые воды и искусственные водные сооружения считаются частною собственностью.

Закон 20 декабря 1923 года в Тюрингении издан, как временный (Notgesetz), для урегулирования наиболее назревших нужд в объединившихся в одно целое (Тюрингию) восьми маленьких германских государствах. Закон, не касаясь вопроса о праве собственности на воды, определил (§ 1) точно, какие воды относятся к публичным, установил условия пользования ими и основания для предоставления концессий, причем самое понятие публичных вод было здесь впервые введено этим законом.

Мы видим, таким образом, что партикулярное водное законодательство Германии действительно разнообразно и представляет благодарный материал для сравнительного изучения.

Наиболее интересными являются, однако, водные законы крупнейших из немецких государств, а именно, следуя в хронологическом порядке: Баварский—1907 г., Саксонский—1909 г., Баденский—1913 г. и Прусский—1913 г.²⁾

²⁾ Краткие сведения о них даны выше, гл. II in fine.

Эти законы не только наиболее разработаны, но и представляют разнообразные конструкции водного законодательства и достаточно отражают как различные теоретические воззрения на водное право, так и различный подход к разрешению практических задач, что дает возможность проверить целесообразность каждой точки зрения и проследить ее влияние на разрешение отдельных вопросов. Поэтому, для целей настоящей работы представляется возможным ограничиться обзором этих четырех водных законов, обслуживающих, в совокупности, почти всю современную Германию.

Каждый из названных законов будет рассматриваться нами с точки зрения оснований той классификации вод, которая им принята (публичные и частные), ее юридического значения и прав общего пользования и других прав в каждой категории вод.

1. БАВАРСКИЙ ЗАКОН—1907 ГОДА.

Связь закона 1907 года с законом 1852 года. Классификация вод. 1. Публичные воды. Собственность государства на публичные воды. Последствия. Ограничения права собственности государства. Обязанности его. Возникновение и прекращение собственности. Общее пользование. Характер его. 2. Частные воды. Права земельных владельцев. Общее пользование в частных водах. Ограничения собственников. Водные переделы. Недопущение злоупотребления правами. 3. Особые виды пользования. Земельные права прибрежных владельцев в публичных водах. Полицейское разрешение и особые виды пользования. Публично-правовые начала в законе 1907 года.

Водный закон 23 марта 1907 года, действующий в Баварии, с небольшими лишь изменениями, явился развитием и усовершенствованием предшествовавшего закона 1852 года, обозначаемого обыкновенно в немецкой литературе W. B. G. (закон о водопользовании).

В законе 1852 года воды делились на три категории: публичные реки, частные реки и ручьи, замкнутые воды. Публичные реки объявлены были (ст. 1) государственным достоянием (Staatsgut), предназначенным для общего пользования. Право на частные реки и ручьи рассматривалось, как принадлежность прав на землю, через которые они протекали (ст. 39), а замкнутые воды, как собственность землевладельцев.

К публичным закон причислил судоходные и сплавные реки с их притоками и, согласно установившемуся пониманию несколько неопределенного понятия Staatsgut, публичные реки признавались обыкновенною частною собственностью государства, но ограниченною общим пользованием. Частная собственность на остальные воды не вызывала сомнений. Неразрешенными оставались вопросы о собственности на свободно текущую воду, на воду больших озер и на грунтовые воды.

При прохождении в законодательных собраниях законопроекта, ставшего затем законом 1907 года, восторжествовала точка зрения преемственности и решено было не разрушать установившейся

классификации вод и ограничиться в этом вопросе лишь внесением большей ясности³⁾.

1. Публичные воды.

Ст. 2 Баварского закона 1907 года очень определенно говорит, что „публичные воды составляют собственность государства“.

Несмотря, однако, на эту кажущуюся простоту и категоричность разрешения Баварским водным законом трудного вопроса о собственности, и он вызывает все те сомнения и разногласия, о которых уже много говорилось (ср. гл. IV и гл. V). Распространяется ли собственность только на ложе и берег или и на текущую воду? является ли собственность на публичные воды обыкновенною частно-правовою или „публичною собственностью“, в смысле О. Майера, т. е. собственностью в интересах осуществления определенных целей, во имя общего блага, а не для извлечения частной выгоды?

Одним из серьезных аргументов в пользу признания собственности государства на воды в Баварии тою обыкновенною частно-правовою собственностью, которую знает и регулирует Германское Гражданское Уложение, служит то, что, за отсутствием определенных указаний на иное значение соответствующих постановлений закона, может быть применяемо только то общее понятие собственности, которое устанавливает общегосударственный закон⁴⁾.

Распространяется ли собственность государства и на текущую воду? И на этот вопрос приходится дать положительный ответ. Закон дает основания для этого, указывая на воду, как на предмет собственности в ст. 16 и как на объект принудительного отчуждения в ст. 157.

Ст. 16. „Поскольку не существует иных правоотношений, право собственности на поземельный участок простирается и на воду, которая:

1) находится на участке в озерах, в садках (прудах), цистернах, колодцах и других вместилищах, в искусственно устроенных водопроводах, каналах и рвах;

2) имеется на участке под землей (почвенные воды);

3) истекает на него (источники) или скапливается на нем естественным образом, пока не стекает с участка.

Абз. 2. По отношению к соляным источникам и рудниковым водам находят применение постановления горного закона“.

³⁾ Лучшим комментарием к закону 1907 г. является выходящий ныне вторым изданием, но к концу 1927 г. только начатый печатанием комментарий О. Еуманна и О. Schubert'a. (См. указ. литературы перед Введением). Первый законченный печатаньем том заключает лишь положительное право.

⁴⁾ О. Еуманн В. II. стр. 528; сам Еуманн считает, однако, что наиболее целесообразно предоставлять государству „публично-правовую собственность“ (стр. 503).

Хотя ст. 16 и относится к „замкнутым водам“, но она говорит (пп. 2 и 3) и о текучей воде и таким образом определяет принципиальную точку зрения закона. Кроме того, ст. 21 называет частные реки и ручьи „составною частью тех поземельных участков, среди которых они протекают“ ⁵⁾.

Еще яснее в этом отношении ст. 157: „Вода частной реки, не использованная управомоченными на нее лицами, по предварительной уплате полного вознаграждения, может быть предоставлена административной властью как прибрежным собственникам, которые уже не обладают правом на пользование ею, в порядке ст. 45, так и владельцам земельных участков, не прилегающих к реке, по их о том ходатайству,—в следующих случаях:

1) если предполагаемое употребление дает основание со всей вероятностью ожидать значительной пользы для сельскохозяйственной культуры, включая сюда и рыболовство, либо для промышленности, и

2) если управомоченное на пользование водою лицо, по требованию административной власти, в определенный срок не обратит воду к полезному назначению либо не укажет особых обстоятельств, которые препятствуют этому обращению“.

Если сопоставить эти статьи закона с теми, которые говорят о собственности на берега, острова, приращения, то совокупность их дает основание считать, что Баварский закон рассматривает воды, как предмет собственности, в их полной совокупности, т. е. как земельное пространство (недвижимые составные части) покрытое стоячею или движущеюся на этом пространстве водою, но не на текучую воду.

Поэтому, из признания права собственности государства на публичные воды (Баварский закон в ст. 23 предусматривает возможность принадлежности государству и вод, относящихся к категории частных, т. е. непригодных к судоходству и сплаву),—вытекает право государства использовать все выгоды, предоставляемые водами, организацией предприятий, эксплуатациею их собственными средствами или предоставлением на договорных условиях (ст. 42) концессионерам.

Согласно п. 2 ст. 26, государство является собственником льда, песка, гравия, камней, ила, земли и растений, находящихся в реке, по праву собственности на русло принадлежащих ему публичных вод, а потому для извлечения из русла этих предметов, а также для промывки в этих реках золота, требуется разрешение правительственной власти, если не существует каких-либо особых правомочий. В частных реках, говорит закон, „на это имеет право только собственник русла“.

⁵⁾ См. Е у т а н н В. II стр. 633 (3).

Ст. 3. Баварского закона гласит: „Реки и части рек вместе со своими притоками сохраняют качество публичных вод и в том случае, если они не служат более для судоходства и сплава“.

Здесь предусмотрен случай фактического прекращения судоходства и сплава, но возможно, что река становится вовсе непригодною для этого и тогда государство, как собственник, приобретет большую свободу хозяйственного использования ее в фискальных интересах. Естественно, что, поскольку нет надобности или возможности в использовании вод для общих интересов, государство может пользоваться ими в своих имущественных интересах.

Но и в то время, когда судоходные и сплавные реки служат своему общественному назначению, государство имеет частно-правовой интерес и может использовать выгоды своего права собственности на публичные воды, в качестве обладателя ложа реки. С правом на ложе связываются не только те виды пользования льдом, песком и др., о которых говорит изложенная уже ст. 26 Баварского закона, но и право на острова⁶⁾, на приращения (alluvio), если они явились результатом сооружений, которые выполнены за счет самого государства⁷⁾, на оторванную землю, которая не соединилась с берегом⁸⁾.

Все эти земли государство может эксплуатировать, сдавая в аренду, устраивая купальни и т. д. Но, как составные части вещи публичного назначения, они не могут, конечно, стать предметом оборота, наряду, напр., с покинутым руслом.

Земельные права береговых владельцев определяются Баварским законом следующим образом (ст. ст. 5-15):

„Берега публичных рек принадлежат собственникам прилегающих участков“ (ст. 5). Собственники обязаны терпеть осмотр, вход на берег различных уполномоченных лиц и оставлять бечевник (устройство и содержание которого, по общему правилу, возлагается на государство). Приращения тоже предоставляются прибрежным собственникам⁹⁾, но государство может снести или прокопать его для потребностей судоходства и сплава.

⁶⁾ Ст. 13: „Земельные возвышенности, выдающиеся над средним уровнем воды в публичной реке и не связанные с твердой землей (острова), составляют собственность государства, если по отношению к ним не существует особых обычаев или особых правовых отношений“.

⁷⁾ Ст. 10: „Приращения, образующиеся вследствие искусственных сооружений, предпринятых для урегулирования публичных рек или защиты берегов, составляют собственность предпринимателей. То же самое имеет силу и по отношению к приращениям, образующимся вследствие прокопа в старом русле реки“.

⁸⁾ Ст. 14, абз. 2: „При тех-же предположениях оторванный кусок земли, который утвердился в реке, не соединяясь с берегом, делается собственностью государства“.

⁹⁾ Значительные куски земли, оторванные у одного владельца и перенесенные к берегу другого, могут быть, как и по французскому закону, виндигированы в течение годичного срока (ст. 14).

Нет надобности долго останавливаться на таких частно-правовых возможностях для государства, как право рыбной ловли, охоты, право на клад, которые, если не существует каких-либо специальных узаконений, составляют естественное право собственника земельного пространства.

Разумеется, государство, как собственник вод, обладает и всеми теми средствами защиты своих имущественных интересов, какие дает для этого закон, охраняющий собственность, что позволяет, помимо принятия полицейских мер охраны, вчинять гражданские иски и взыскивать убытки.

Но, признание собственности государства на публичные воды, со всеми выводами, которые могут быть отсюда сделаны, не должно затемнять тот факт, что речь идет о собственности на публичные вещи. Публичный характер вод, прямое предназначение их для служения общественным интересам, создает те ограничения собственности, которые и заставляют говорить об особом публично-правовом ее характере.

„В публичных водах, а также в частных реках и ручьях, пользоваться водою посредством черпанья ручными сосудами для мытья, стирки и питья, купанья, а также и катанья на коньках, поскольку это может совершаться без противозаконного пользования чужим поземельным участком, дозволяется каждому. Осуществление такого пользования может быть урегулировано или ограничено полицейскими предписаниями“ (ст. 26 ч. 1).

„Пользование публичными реками и государственными каналами (ст. 1 абз. 1) для судоходства и сплава плотами, с соблюдением постановлений государственных договоров и подчинением распоряжениям, ближайшим образом относящимся к судоходству, сплаву и государственным каналам, свободно для каждого“ (ст. 29 ч. 1).

Этими положениями определяются границы частно-правового использования вод государством или отдельными лицами, которым государство предоставило особые права. Здесь устанавливается ограничение права собственности государства, но эти ограничения сами по себе не придают особых свойств праву государства на воды, тех свойств, из-за которых это право конструируется многими юристами, как особое публично-правовое обладание. И обыкновенная собственность может быть ограничена законами в публичных интересах. Для того, чтоб иметь основания говорить об особом характере этой собственности, надо доказать наличие не одних только ограничений, но и особенностей самого права. Сторонники взгляда, что собственность государства на публичные воды является публично-правовою, указывают на те особенности ее, вследствие которых эту собственность можно назвать фидуциарной.

Действительно, государство обязано следить за тем, чтоб публичные воды отвечали своему назначению. Согласно Баварскому закону, государство имеет право давать разрешение „на всякого вида пользование публичными водами, которое не представляет собою общего пользования или производится посредством особых сооружений на публичных водах или внутри их, в особенности же для устройства предприятий, действующих без силы запруженной воды, приводов для вывода и впуска воды, черпательных машин, купален, прачешных и тому подобных и изменения в таких сооружениях“ (ст. 42).

Но, давая такое разрешение, административная власть руководствуется „соображениями общего блага“, выбирая наиболее полезные предприятия, устанавливая условия пользования в интересах земледелия и лесоводства, земельной культуры и рыболовства, а также промышленности и ремесленного производства“ (ст. 43).

Те же правила применяются в отношении устройства запруд (ст. 51).

Государство должно следить за сохранением вод в надлежащем состоянии и выполнять некоторые улучшения „поскольку того требует общее благо“ (ст. 74), ¹⁰⁾.

В этих обязанностях и правах государства, распространяющихся и на взыскание пошлин¹¹⁾ нет ничего частно-правового и, вместо того, чтоб искусственно приписывать собственности государства на воды особые свойства, видоизменяющие самый характер собственности, возможно было-бы прямо усматривать здесь специальное публичное право и обязанности, как на это указывает и сам закон, определяя в ст. 74 обязанность поддержания вод в надлежащем состоянии, как „публично-правовую обязанность“. Государство—собственник и оно-же носитель верховной власти. Вполне понятно, поэтому, что оно может быть носителем частно-правовых и публично-правовых полномочий и обязанностей¹²⁾. Различные функции вызывают присвоение ему и различных прав, смешение которых несколько не способствует внесению ясности в юридические отношения.

¹⁰⁾ Ст. 74: „Поддержание вод в надлежащем состоянии, поскольку оно не совершается государством или окружной общиной, представляет собою публично-правовую обязанность. Оно обнимает собою поддержание нормального состояния вод (очистка речного русла, охранение свободного входа на берега, охрана и поддержание последних) и, поскольку того требует общее благо, производство и поддержание регулирования реки, постройку дамб и обделку диких ручьев“.

¹¹⁾ Ст. 73: „Кроме пошлины, положенной уставами о судоходстве, сплаве, каналах и сплаве розсыпью (ст. 29, 32), может быть также взимаема в государственную казну пошлина и за дозволение особых видов пользования на публичных водах и на находящихся в собственности государства частных реках и ручьях (ст. 42, 46, 51 абз. 1), за выпуск в них жидкостей (ст. 37), а также и за извлечение обозначенных в статье 26 абз. 2, положении 1, предметов“.

¹²⁾ Ср. § 5 Государственного договора о передаче водных путей Германской Республике: „Держава (Reich) вступает во все публично и частно-правовые договора отдельных государств, поскольку они создают права и обязанности по управлению переходящими на основании договора водными путями.“

Остановимся теперь на вопросе о возникновении и прекращении права собственности государства на публичные воды.

Собственность государства на публичные воды непосредственно вытекает из закона на основании одного только факта причисления тех или других вод к публичным. Раз объявленные публичными эти воды уже остаются таковыми, хотя-бы их первоначальное назначение отпало. Таким образом, прекращение права собственности государства на воды ограничено исключительно законодательными способами. Что же касается расширения круга публичных вод, то это может быть достигнуто включением в него новых рек.

„Каждая река и каждая часть ее могут быть объявлены правительством государства публичными, если они приспособлены государством или третьим лицом для судоходства или сплава. Качество публичных такие реки получают с момента указанного правительством государства“ (Ст. 4, гл. 1).

Это постановление закона предполагает фактическое открытие реки или части ее для судоходства и сплава, соответствующее объявление со стороны компетентных органов (министерства внутренних дел) и, в надлежащих случаях¹³⁾, вознаграждение заинтересованных лиц.

Из самого факта отнесения вод к категории публичных вытекает их особое общественное назначение, которое осуществляется в общем пользовании. Но, в то время, как W. B. G. 1852 г. в первой статье определил, что „публичные воды являются государственным достоянием предназначенным для всеобщего пользования“, новый закон 1907 года в ст. 1 более точно определил назначение публичных вод, указывая на предназначение их для судоходства и сплава.

Объявляя затем публичные воды собственностью государства (ст. 2), закон 1907 года предоставляет государству больше свободы в использовании вод. Вместе с тем возникает вопрос, какие-же виды общего пользования, как правовые институты, существуют по новому закону? не ограничены-ли и они только правом судоходства и сплава?

Особый раздел закона 1907 года, озаглавленный „общее пользование водами“ (ст. ст. 26-28) говорит 1) о пользовании водою посредством черпания ручными сосудами для мытья, стирки и питья, купанья, а также и катанья на коньках, что дозволяется каждому, поскольку это может совершаться без противозаконного пользования чужим по-

¹³⁾ Ст. 4. Абз. 2: „Если для осуществления такого превращения требуется уступка поземельного участка или обременение его сервитутом, то в этом случае находят применение постановления статей 154-156.

Абз. 3: Вознаграждение за лишение речного русла не может быть требуемо. Если вследствие превращения реки или части ее в публичную уничтожается или ограничивается существовавшее уже до сего времени пользование ее водою или ложем к ущербу управомоченного на то лица, то последнее может требовать вознаграждения.“

земельным участком; 2) об извлечении из русла льда, песка, гравия, ила, земли, камней и растений, что может быть совершаемо не иначе, как с разрешения государства; 3) о праве брать воду в случаях общей опасности.

В разделе, посвященном „общему пользованию“, не говорится о судоходстве и сплаве, так как этому вопросу посвящен специальный раздел. Но ст. 29, охватывающая постановления о судоходстве и сплаве, содержит в себе все признаки для признания этого пользования „общим пользованием“, как это и должно быть, соответственно тому определению публичных вод, которое дает закон (ст. 1).

„Пользование публичными реками и государственными каналами (ст. 1, абз. 1) для судоходства или сплава плотами, с соблюдением постановлений государственных договоров и подчинением распоряжениям, ближайшим образом регулирующим судоходство, сплав и пользование государственными каналами, свободно для каждого“ (ст. 29. ч. 1).

Наконец, в разделе, посвященном „охране чистоты вод“, говорится еще об одном виде пользования ими, о впуске в воды различных жидкостей (*immissiones*) и о спуске твердых тел.

„В публичные воды, частные реки и ручьи, а также и в такие замкнутые воды, на пользование которыми уполномочено другое лицо, или в которых другое лицо имеет право ловить рыбу, допускается выпуск жидкостей или иных нетвердых веществ, имеющий последствием вредные изменения в свойствах воды лишь с дозволения административной власти. Дозволение требуется и в том случае, если уже разрешенные ко впуску известного рода и в известном количестве жидкости изменились в направлении, вредном для качества воды“ (ст. 37, ч. 1).

„Введение в воды, обозначенные в ст. 37, абз. 1 твердых тел, изменяющих во вредном направлении свойства воды или вредно действующих на сток и уровень последней, в особенности выбрасывание в них мусора, грязи, трупов животных, а также мочка в них льна и конопля, запрещается. Отступление от этого правила могут быть допущены административною властью с правом отобрания“ (Ст. 38, ч. 1).

Обе статьи редактированы таким образом, что, при отсутствии вредного действия впуска жидкостей или спуска твердых тел, разрешения не требуется и, следовательно, и здесь открывается свобода пользования.

Таким образом, для исследования вопроса о праве общего пользования публичными водами (пользование частными водами будет рассмотрено особо) необходимо остановиться на четырех видах его: 1) мытье, стирка, купанье; 2) извлечение льда, песка, гравия и проч; 3) судоходство и сплав; 4) *immissiones*.

Хотя о судоходстве и сплаве говорится не в разделе об общем пользовании, но закон недаром говорит, что оно „свободно для каждого“. Открытый для всех и для всех на равных основаниях этот род пользования реками является, конечно, главным из видов общего пользования. Здесь систематическое толкование было-бы ошибочно. С другой стороны, несмотря на то, что об извлечении льда, песка, гравия и др. говорится именно в разделе общего пользования, в действительности они не могут считаться таковыми в виду того, что допускаются они не иначе, как с разрешения: здесь нет, следовательно, открытого, свободного для каждого пользования. Наоборот, впуск жидкостей и др. immissiones, хотя и упоминаются в статьях, говорящих об ограничениях, но, в действительности, являются не в меньшей степени общим пользованием, чем мытье, стирка и др. Осуществление и этих видов пользования, согласно закону, „может быть урегулировано или ограничено полицейскими предписаниями“.

Таким образом, общее пользование публичными водами, согласно Баварскому закону 1907 года, выражается в судоходстве и сплаве, в мелких видах пользования (мытье, стирка и т. д.) и в праве на immissiones, поскольку последние не вредны для свойств воды или ее направления.

Самое право общего пользования, как оно определяется законом 1907 года, вовсе не похоже на рефлекс той объективной связанности целеназначением, каким хотят изобразить общее пользование противники его правовой природы¹⁴⁾. Когда устанавливается обязательство для всех домовладельцев на Риволи в Париже поддерживать одну и ту же архитектуру зданий и это создает эстетическое зрелище, которым может наслаждаться каждый имеющий вкус прохожий, то тут, конечно, нельзя установить какого-либо права на такое зрелище, здесь есть объективный факт, результат существующего порядка, и вне права лежащие нематериальные выгоды. Но, в отношении пользования водами, как оно определяется в Баварском законе, положение иное. Здесь идет речь о выгодах (и при том материальных), которых нельзя лишить, иначе незачем было-бы говорить об ограничениях и ставить условия, при которых ограничения допускаются.

Правовой характер общего пользования выражается и в том, что закон определяет взаимоотношения пользователей.

„Осуществление общего пользования может производиться только таким образом, чтобы оно не причиняло ущерба общему пользованию других и особым правам третьих лиц или не исключало их пользования“ (ст. 27).

¹⁴⁾ См. выше гл. V прим. 44.

В практике и теории не вызывает сомнений, что неосновательное запрещение или воспрепятствование общему пользованию дает основание для исков (а. negatoria или а. injuriarum). Если-бы кто-либо, затопив барку, воспрепятствовал бы этим сплаву, то к услугам пользователя были бы не только полицейские меры органов надзора, но и гражданские иски, предмет которых определялся бы различно, в зависимости от наличия или отсутствия вины причиняющего ущерб.

Таким образом, общее пользование трактуется в Баварском законе, как право и, при том, как право гражданское, которому корреспондируют обязанности государства и третьих лиц, не носящие публично-правового характера. Баварский закон перечисляет в ст. 77 все публично-правовые правоотношения, какие в нем предусматриваются. В этом перечне нет указания на ст. ст. 26, 29, 37, 38, относящиеся к общему пользованию. Споры, вытекающие из отношений по общему пользованию, не подведомственны административному суду и это служит дополнительным подтверждением, что идея законодателя более соответствует конструкция права общего пользования, как частного, а не публичного субъективного права (ст. 91-96 обязанности государства).

В заключение обзора права общего пользования по Баварскому закону отметим, что из закона вовсе не видно, чтобы „публичные воды“ были бы вещью, связанною определенным целеназначением, как это подчеркивается всегда в теории публично-правовой собственности. Обыкновенно дороги, публичные сады, мосты, площади действительно связаны определенным назначением, которое почти целиком исчерпывает пользование ими. Но общее пользование реками далеко не исчерпывает их экономического значения. В настоящее время, когда люди научились с исключительною интенсивностью пользоваться различными хозяйственными выгодами водных течений, общее пользование представляется почти незаметным, так как оно связано с такими свойствами вод, которые, в большинстве случаев, человек или не может уничтожить, или не захочет уничтожить, в виду явной невыгодности и ненужности этого. Так, напр., дорогу можно было бы запахать, закрыв движение, но разобрать по каналам реку и уничтожить ее, как водный путь, дело гораздо более трудное. В Баварском водном законе общему пользованию отведено так мало места по сравнению с разными другими видами пользования, что уже это одно заставляет сомневаться, что собственность государства на публичные воды носит какой-то особенный характер, в виду тяготеющего над ними целеназначения.

Это сомнение еще более укрепляется при сопоставлении юридического положения публичных и частных вод по Баварскому закону 1907 года.

2. Частные воды.

Все непубличные воды являются частными. Они могут быть замкнутыми или проточными.

Баварский закон относит к замкнутым грунтовые (почвенные) воды и источники (ст. 16). Это, конечно, неточно, так как течение грунтовых вод и источников большею частью распространяется на несколько участков.

Если публичные воды состоят в собственности государства, то частные — в собственности отдельных лиц, и в этом случае уже не приходится сомневаться, что закон имеет в виду обыкновенную собственность, когда (имея в виду замкнутые воды) говорит: „право собственности на поземельный участок простирается на воду“ (ст. 16) или (говоря о проточных водах) определяет права на них прибрежных владельцев: „частные реки и ручьи являются, поскольку не существуют иных правовых отношений (ст. 23, 34), составною частью тех поземельных участков, среди которых они протекают“.

Но, находясь в собственности частных лиц, а не государства, и эти воды служат общему пользованию. Ст. 26 в части, касающейся пользования водою для мытья, стирки и питья, купанья и проч., распространяется и на частные воды. Если они приспособлены для судоходства и сплава плотами, то распоряжения, регулирующие судоходство и сплав, могут быть изданы также и для пользования частными водами (ст. 29, абз. 2). Государство, в случае возникновения препятствий третьим лицам к пользованию этими реками для судоходства и сплава, может воспользоваться своим правом об'явления их публичными (ст. 4).

Распространение общего пользования на частные реки, если они могут фактически служить сплаву, видно также из ст. 31, абз. 2:

„Для сплава россыпью можно пользоваться такими водами, которые или раньше были уже сплавными россыпью, или об'явлены такими на будущее время правительством государства. В последнем случае находят соответственное применение постановления ст. 4, абз. 2, 3“.

Эта статья находит себе дополнение и раз'яснение в последующей:

„Там, где не существует установленных местными распоряжениями, обычаями или особыми правовыми отношениями исключительных прав на пользование водами, сплавными россыпью, или определенных ограничений производства такого сплава, означенное пользование разрешается, согласно уставу о сплаве россыпью, каждому“ (ст. 32).

Таким образом, по общему правилу право сплава по частным рекам принадлежит каждому. Только в отношении вновь приспособляемых к сплаву россыпью рек применяется правило о вознаграждении соб-

ственника, поскольку требуется от него „уступка поземельного участка или обременение его сервитутом“, (ст. 4, абз. 2) или поскольку „уничтожается или ограничивается существовавшее уже пользование к ущербу управомоченного на то лица“ (ст. 4, абз. 3).

„На всех водах, сплавных россыпью, прибрежные собственники обязываются:

1) воздерживаться от всякого употребления воды, вредящего или препятствующего сплаву россыпью;

2) терпеть безвозмездно, если только притязание на вознаграждение не основано уже на приобретенном праве, необходимый для отправки сплавного леса вход на берег и проложение тропы потребной ширины, а также помещение временных приспособлений для остановки леса (Verhängen), являющихся необходимыми во время сплава россыпью при опасности половодья;

3) допускать в крайних случаях вытаскивание на берег сплавного леса на время опасности, с уплатой соответствующего вознаграждения за причиненный при этом участку вред“ (ст. 33).

Частные воды подчиняются и ограничению, устанавливающему право пользования водою в случае крайней необходимости: при общей опасности, брать воду дозволяется безвозмездно как из публичных, так и из частных водовместилищ (ст. 28).

Наконец, правила относительно впуска жидкостей и спуска твердых тел (ст. ст. 37 и сл.) также распространяются в одинаковой степени как на публичные, так и на частные воды.

Таким образом, если служение частных вод общему пользованию и меньше, чем в публичных водах, то это результат скорее фактических условий, чем юридических норм. Баварский закон дает интересную для учения о предметах общего пользования иллюстрацию того, как вещи, принадлежащие на праве собственности частным лицам, могут в то же время служить общему пользованию.

Все, что не идет в разрез с общим пользованием, принадлежит собственнику. Так, напр., право на извлечение из русла частных вод льда, песка, гравия, камней, ила, земли и растений принадлежит только собственнику, „поскольку это может совершаться без ущерба для других, в особенности по отношению к глубине реки и целости берегов“ (ст. 26).

Собственник также, как и посторонние лица, не может иначе, как с разрешения властей, впускать в частные реки и ручьи, а также и в замкнутые воды, на пользование которыми управомочено другое лицо, — жидкие или нетвердые вещества, если это приводит к вредным последствиям. Точно также ограничено и его право спуска твердых тел, если это вредит другим (ст. ст. 37, 38).

Вообще, пользующихся частными реками и ручьями закон заставляет сообразоваться с правами и интересами других лиц (ст. 44,45), если только административная власть не допустит отклонения, „когда польза к. л. сооружения значительно превышает грозящий ущерб и будет обеспечено вознаграждение“.

Принцип этот имеет наибольшее применение при устройстве плотин (запруд). Всякая постройка плотины, изменение ее и снятие затрагивают интересы третьего лица, а потому водный закон ставит их под контроль, подчиняет специальным требованиям (соблюдение высоты) и распространяет это даже на замкнутые воды, если там существуют запруды и заведения, действующие силою запруженной воды (ст. 57).

Насколько широко применяется в законе 1907 года к водопользованию всех видов и во всех категориях вод принцип соблюдения общего блага, показывают особенно ст. ст. 65-67. Здесь устанавливается и возможность особых „водных переделов“, когда, вследствие уменьшения воды или по другим причинам, наличной воды окажется „недостаточно для потребностей управомоченных лиц“ и, что наиболее интересно, право исключительного вмешательства в права собственника, а именно расследование, как он ведет свое водное хозяйство, нет-ли с его стороны злоупотребления правом или неразумного, неэкономного пользования.

„Орган административной власти должен в особенности расследовать, не имело-ли места со стороны управомоченного бесполезной траты воды или произвольно неравномерного пользования ею в ущерб другим участникам в пользовании“ (ст. 66).

Вот где действительное видоизменение характера собственности, подчиняющейся интересам общего блага! И отсюда, больше чем из специальных постановлений о публичных водах, видно, что и государство, как собственник публичных вод, должно ставить на первый план общественные интересы, подчиняя им фискальные. Но это результат не общего пользования водами, а специального законодательства, изменяющего характер собственности на воды, в виду их исключительного значения.

3. Особые виды пользования.

Различие между юридическим положением публичных и частных вод должно выявиться более всего в области тех видов пользования, которые не предоставлены всем. Здесь в отношении частных вод можно ожидать проявления хозяйских прав частных лиц, прибрежных собственников, в то время, как свобода пользования публичными водами, в силу их назначения служить общему благу, а priori исключается.

Базарский закон понимает под „особыми видами пользования“ те, которые не представляют собою общего пользования или производятся при посредстве специальных сооружений.

По отношению к публичным водам закон (ст. ст. 42-43) указывает, что все такие „особые виды пользования“ требуют разрешения административной власти.

По отношению к частным рекам и ручьям признается принципиально свобода пользования прибрежных собственников, но при обязательном условии сообразоваться с правами остальных береговых собственников, а также других лиц, уполномоченных на воду (ст. 44) и с тем 1) чтобы таким пользованием не было учиняемо вредного для других запруживания воды, наводнения, застоя и вредного высыхания или иного повреждения чужих участков и сооружений, и чтобы не производилось к ущербу других бесполезной траты воды или произвольно неравномерного пользования ею; 2) чтобы излишек неиспользованной воды мог стекать в естественное русло реки, не касаясь берега чужого участка (ст. 45).

Особые постановления заключаются в законе по поводу запруд. Эти постановления (ст. 50 и 55) относятся одинаково к публичным водам, частным рекам и ручьям и даже к замкнутым водам (ст. 56) и заключаются они в том, что сооружение, изменение, устранение запруд и вододействующих сооружений и даже каждое возобновление или перемена главных частей существующих запруд и вододействующих заведений требуют предварительного согласия административной власти.

Разрешение (*Erlaubniss*), которое испрашивается на особые виды пользования в публичных водах (ст. 42), и утверждение (*Genehmigung*), которое дается на устройство или изменение запруд (ст. 50), не одинаковы с юридической точки зрения. Первое допускает действия, на которые у заинтересованного лица нет права. Допуская эти действия, власть может устанавливать право на их совершение, в течение определенного срока. В этом случае *Erlaubniss* приобретает значение концессии. Иного характера утверждение, которое носит наименование *Genehmigung*. Оно предполагает уже существующее право, осуществление которого находится под административным контролем и означает, что со стороны власти нет препятствий к его осуществлению. Немецкому *Genehmigung* соответствует французское *autorisation*¹⁵⁾.

¹⁵⁾ Обыкновенно *Polizeierlaubniss* не отождествляется с концессией. Французы различают *le régime de la simple permission* и *le régime de la concession* (Hauriou p. 685 note) O. Mayer B. I, 249 и B. II 180, 431 (см. ниже прим. 17) указывает чисто фактические признаки, сопровождающие выдачу полицейского разрешения вместо концессии, а именно—разрешение дается на такие виды пользования, которые, по природе своей, не требуют установления длительного обладания и затрагивают публичную вещь лишь поверхностно и мимолетно. Таков, напр., переезд через полотно железной дороги, лотки на еженедельном базаре, биржа извозчиков или стоянка пароходов, склад строительных ма-

Государство выступает в отношении вод в двойственной роли: как собственник публичных вод и как носитель верховного надзора за всеми водами. Как собственник, государство не обязано давать разрешения на особые виды пользования в принадлежащих ему публичных водах; оно заключает договор, но, так как государство в то же время и носитель верховной власти, охраняющей интересы общего блага, то и в отношении публичных вод оно не может устанавливать таких прав, которые шли бы в разрез с общественными интересами. По отношению же к частным водам, ему не принадлежащим, государство действует исключительно, как верховная власть, и либо дает согласие или одобрение действиям частных лиц, выполняя полицейские функции обеспечения благосостояния, либо устанавливает новые права, которые, в силу специального закона, не могут быть приобретаемы иначе, как с разрешения властей, выдаваемого в особом порядке.

Двойственность функций власти, проявляющаяся при выдаче концессий, отражается и на правах, которые проистекают из разрешения или согласия государства.

Ст. 43 Баварского закона не оставляет сомнений в частно-правовом характере тех правомочий, которые даются концессионеру, получающему разрешение на устройство различного рода сооружений и предприятий для использования публичных вод. Этот частно-правовой характер проявляется в том, что прекращение или уменьшение предоставленного права допускается только путем принудительного отчуждения (ст. 43, абз. 3). Но, с другой стороны, разрешение дается, „по общему правилу, на определенный срок или с правом отобрания“, и при выдаче разрешения (концессии), определяются объем и способы пользования (ст. 43, 1). „Административная власть имеет при этом, в особенности, право ставить предпринимателю подробные условия в инте-

териалов на улице или установка столбов для лесов строящегося здания, установка газетного киоска или будки для продажи вод и др.

Концессия же требуется, когда устанавливается плотина, необходимы устройства для орошения, строятся пристани и приспособления для стоянки судов, прокладываются водопроводные трубы или укладываются рельсы. (ср. Hauriou p. 787 п.: „comportant une emprise et modifiant l'assiette du domaine“).

Но юридическое различие заключается в том, что концессия создает такое право на вещь, которого не дает разрешение. Поэтому концессия предоставляется только высшими властями, тогда как разрешение может быть дано и подчиненными органами (Mayer стр. 183-184). Если концессия предоставляется для осуществления предприятия общественного значения, то она, по учению Майера, сближается с возложением на концессионера публичной службы. Концессионер облекается известною долею публично-правовой власти, но осуществляет ее от своего имени и как свое право. (Стр. 431.) Ср. Fleiner, Instit. стр. 382.

Полицейское разрешение не создает нового права; но в Баварском водном законе выражение „Erlaubniss“, употребляемое, как основание возникновения „особых“ прав пользования, может расширяться до предоставления концессии, в техническом смысле, предоставление не составляющего общего достояния права на предприятие, обслуживающее общественные нужды или признаваемое общественно-полезным; ср. излагаемую далее в тексте ст. 43 Бав. Закона. (Такого же мнения J. Dynnebier—Die Bewässerungsanlagen nach Bayerischem Recht стр. 51).

ресках земледелия и лесоводства, земельной культуры и рыболовства, а также промышленности и ремесленного производства, засим, при столкновении нескольких предприятий, делать между ними выбор, исходя из соображений общего блага, и, наконец, ограничивать свое разрешение целями известного производства или предоставлять его определенным предпринимателям“ (ст. 43, абз. 2).

Здесь, конечно, государство действует уже не как собственник, защищающий свои интересы при заключении договора, а как власть, исходящая из соображений общего блага и пользующаяся теми-же полномочиями, какие присвоены ей и в отношении частных рек и ручьев.

„Пользование всеми частными реками и ручьями подлежит постоянному наблюдению административных властей. Эти последние могут, руководствуясь требованиями общего блага и, в частности, по санитарно-полицейским соображениям, для предупреждения наводнений или заболачивания, для свободного пользования сообщениями и т. д. издавать общие и специальные распоряжения“ (ст. 48).

Совпадение оснований (требования общего блага), повторяющихся в обеих статьях, для указания целей государственного надзора и ограничений деятельности частных лиц, вполне соответствует единству публично-правовой функции, выполняемой государством в том и другом случае. Права государства носят в данном случае публичный характер (служение общему благу); обязанности лиц, получивших концессию, подчиняться соответствующим административным распоряжениям являются также публично-правовыми обязанностями. Права концессионеров по Баварскому закону представляются, таким образом, частными правами, подчиненными специальным публично-правовым ограничениям.

С другой стороны, концессия не является, как мы видим, обычным частно-правовым договором. Государство, в качестве собственника публичных вод, могло бы дарить их, продавать, сдавать в аренду на общих основаниях. Однако, закон считает необходимым установить особый (концессионный) порядок распоряжения водами, указывая какие цели должно при этом преследовать, какими мотивами руководствоваться. Концессия не совпадает с обычными договорами потому, что она непременно предполагает установление ряда обязанностей и ограничений для концессионера. Но здесь проявляется и ограниченность полномочий самого хозяина, государства. Обладая формально правом свободно распоряжаться публичными водами, оно, в действительности, по смыслу закона, обязано принимать во внимание интересы общего блага. Мы видим здесь то, что дало основание ряду юристов конструировать эту собственность государства, как особую „публично-правовую собственность“. В действительности и здесь государству принад-

лежит обыкновенное частное право собственности, но подчиненное специальным публично-правовым ограничениям.

Водный закон Баварии дает и другой пример возникновения частных прав из публично-правовых распоряжений. Мы имеем в виду ст. 11, которая говорит о возможности распределения государством приращений (alluvio), приобретенных им в собственность. Поскольку удержание их в качестве государственной собственности не представляется необходимым для целей сооружений или по иным соображениям общего блага, правительство государства имеет право распорядиться ими в пользу потерпевших ущерб поземельных собственников и иных управомоченных лиц (ст. 11).

Если правительство воспользуется этим правом, то „послѣ состоявшагося распоряжения правительства собственность на приращения переходит к тем лицам, коим они предоставлены“ (ст. 11, абз. 3).

Публично-правовой акт создает частные права. Такой вывод напрашивается из сопоставления ст. ст. 11 и 43 Баварского водного закона. Но здесь возникает такой вопрос. Если это правильно в отношении Баварского закона, так как он признает собственность государства на воды, то верно ли это в отношении закона Вюртембергского или Баденского, где право государства на воды конструировано, как будто, иначе (§ 5 Баденск. закона устанавливает неотчуждаемость права государства или общин и запрещает сделки, ограничивающие эти права в пользу третьих лиц). Оставляя пока этот вопрос, мы можем, в отношении Баварского закона, найти новое подтверждение правильности сделанного вывода. Это подтверждение заключается в том, что споры, вытекающие из концессий, закон не включает в число подведомственных административному суду, не указывая в ст. 177, где дается исчерпывающий перечень всех публично-правовых претензий и обязанностей, ст. ст. 42 и 43, в то время как ст. 63, где говорится о разрешении полицейского характера (вытекающем из постановлений промышленного устава), упомянута в этом перечне.

Сказанное относится к особым видам пользования в публичных водах. Что касается частных рек и ручьев, то здесь, как уже сказано, не требуется специального разрешения на такое пользование. Оно *implicite* принадлежит прибережному собственнику, который, следовательно, ни от кого не должен его приобретать. Наоборот, он (собственник) может передавать это право третьим лицам и эти сделки будут для всех, несомненно, частно-правовыми. Это будет или сервитут, или другой вид вещно-правового обременения, или аренда,—и во всех случаях обе стороны будут управомочены и обязаны на основании частно-правовой сделки.

Однако, и здесь вопрос не исчерпывается одним констатированием частно-правовой природы указанных видов пользования. Водный закон устанавливает много различных ограничений прав пользования, принадлежащих прибрежным владельцам, в том числе требование, чтобы таким пользованием не было учиняемо вредного для других запруживания воды, наводнения, застоя и вредного высыхания или иного повреждения чужих участков и сооружений, и чтобы не производилось к ущербу других бесполезной траты воды или произвольно неравномерного пользования ею; чтобы излишек неиспользованной воды мог стекать в естественное русло реки, не касаясь берега чужого участка (ст. 45, п. 1 и 2).

Эти ограничения установлены и для третьих лиц, неприбрежных владельцев, приобретших права собственности на частные реки или ручьи (ст. ст. 24 и 47).

Споры об этих ограничениях отнесены водным законом (ст. 177) к числу подведомственных административному суду. Ясно, что законодатель усматривал здесь публично-правовую повинность (для общего блага), что соответствует и существу дела. Таким образом, мы видим, что и права на воды прибрежных владельцев, в частно-правовой природе которых никто не сомневается, связаны публично-правовыми повинностями.

Весь водный закон состоит, таким образом, из норм публичного, и частного права, которые так неразрывно связаны друг с другом, что многие частные права кажутся преобразованными проникнувшим в них публично-правовым духом.

Влияние публичного права так сильно, что деление вод на публичные и частные, если подходить к этому делению с точки зрения предназначения вод для общественных нужд, представляется мало выдержанным. Оно могло-бы найти себе оправдание с точки зрения принадлежности их: публичных—государству, и частных—частным лицам и общинам, но и здесь нет выдержанности, так как Баварский закон (ст. 23) знает собственность государства и на частные реки и ручьи, признавая, таким образом, что с публичными водами связывается представление об их особом, по сравнению с частными, юридическом положении.

Но это особое юридическое положение не есть публично-правовая собственность, так как и частные воды, как мы видели, подчинены и общему пользованию и общему благу. Различие только в объеме ограничений собственности на судоходные реки и собственности на прочие воды.

2. САКСОНСКИЙ ЗАКОН 1909 ГОДА.

Краткая история составления водного закона. 1. Проект 1905 г. о д а. Содержание проекта. Широкое применение принципа публичности. Публичные и частные воды. Полномочия властей. Оппозиция проекту. Книга Г е о р г и. Колебания между укреплением частных прав на воду и социализацией вод. 2. В о д н ы й з а к о н 1909 г. Переработка проекта. Устранение классификации вод на публичные и частные. Характеристика прав прибрежных владельцев. Разрешение вопроса о частных водах на основании исторических данных и судебной практики. Три категории вод, согласно закону 1909 г. Общее пользование по саксонскому водному закону. Другие виды пользования водою. Ограничения частных прав в интересах „общего блага“ и „целесообразности“. Различные виды ограничений частных прав в законе 1909 г.

История водного закона в Саксонии начинается еще с 1837 года, когда в палату сословных представителей была внесена петиция о разработке законодательных норм по вопросам водопользования. В 1845 г. правительство внесло в палату первый проект. Первые статьи законопроекта гласили, что вода не состоит ни в чьей собственности, а пользование ею подчиняется государственной власти. Соответственно этим основным началам был построен весь проект, но ему не суждено было увидеть свет: после долгих мытарств он был через десять лет заменен новым проектом. Но и второй не получил силы закона, а послужил лишь материалом для саксонского гражданского уложения и промышленного устава, которые восприняли из него ряд норм.

В 1875 г. была опять подана петиция об издании водного закона, на этот раз владельцами бумажных фабрик, но вскоре после этого началась разработка германского гражданского уложения и только после того как выяснилось, что водное право предоставлено партикулярному законодательству, вновь ожил вопрос о водном законе для Саксонии.

В 1905 г. был закончен составлением очень интересный проект водного закона и был внесен на рассмотрение „den Ständen“ в Декабре 1905 г. Проект этот был последовательно построен на основаниях принципа публичности.

1. Проект 1905 года.

Основные положения проекта¹⁶⁾ были таковы:

§ 1. Пользование и содержание постоянно текущих как в естественном, так и в искусственном русле вод (публичные воды) подчиняется надзору государства на основании предписаний закона.

§ 2. Прочие воды (частные) состоят, поскольку на них не приобретено к. л. других прав, в собственности землевладельцев. Они подлежат свободному распоряжению собственника земельного участка или другого надлежаще управомоченного лица, с соблюдением предписаний излагаемых ниже §§ 14, 15 проекта.

К частным водам проект относил, кроме непостоянно-текущих—

1) Подземные воды (грунтовые), если только они не составили продолжения надземных вод, признанных публичными;

2) Источники и стоки источников, питающие постоянно текущие воды, поскольку они не выходят длительно за пределы места их появления и находящегося в естественной и хозяйственной связи с ним владения собственника этого участка;

3) Воды, которые, в силу особо предоставленного права на пользование ими, искусственно выведены из публичных водных течений и не возвращаются туда обратно;

4) Частные воды, отведенные на чужой участок в силу особого на это вещного права.

§ 3. Если русло публичных вод составляет частную собственность, то оно подвержено всем ограничениям, проистекающим из особого целеназначения публичных вод и предписаний законопроекта.

В качестве же ограничения в пользовании частными водами была предусмотрена (в § 14) необходимость разрешения со стороны представителей власти:

1) Для сооружения и пользования приспособлениями, устраиваемыми с целью получения или вывода воды из частных вод, если, благодаря этому, мог бы ко вреду третьих лиц длительно уменьшиться уровень вод, объявленных публичными, или уровень целебного источника;

2) Ко вводу в частные источники таких веществ, благодаря которым могло потерпеть ущерб пользование целебным источником, или общее пользование публичными водами, или особые права третьих лиц на какие либо виды пользования.

Кроме того проект (в § 15) определил в отношении прудов, что если водное течение, отнесенное к публичным водам, втекает в пруд,

¹⁶⁾ Как первоначальный проект, так и закон 1909 г. наиболее полно изложены и обстоятельно комментированы в двух-томном труде Schelcher'a (см. указатель литературы перед Введением). См. ниже прим. 28.

то собственник его не может препятствовать стоку воды из пруда, в количестве соответствующем притоку (отступления с особого разрешения властей).

Что касается пользования публичными водами, то устанавливалось различие между так называемым общим пользованием и особыми правами (*Gemeingebrauch und Sonderrechte*).

Безоговорочно принадлежащее всякому и каждому право общего пользования ограничивается такими видами его, которые могут осуществляться без изменения или препятствия течению воды, без ухудшения условий его содержания и без ущерба для других прав пользования, в частности, они предполагают возможность одновременного пользования всех лиц, управомоченных на участие в общем пользовании. К общему пользованию в этом смысле относилось главным образом пользование водою для домашних и хозяйственных целей, как, например, стирка, купанье, черпанье, питье, плавание, езда на лодках, катанье на льду и т. п. Право на участие в общем пользовании не дает права доступа на чужой участок, а самое использование этого права может быть регулируемо и ограничиваемо властями (§ 17).

В качестве же особых прав на публичные воды признаются правомочия на те виды пользования, которые выходят за пределы общего пользования или сопровождаются какими либо изменениями в публичных водах. Эти права приобретаются только на основании особого правоустанавливающего акта государством или же на основании допускающих отмену разрешений административных властей.

В частности речь идет относительно:

1) непосредственного или посредственного введения в воду веществ, причиняющих ущерб интересам общего пользования или же загрязняющих воду или берег;

2) перенесения или существенного изменения русла или берега;

3) создания и использования особых устройств и приспособлений в бассейне публичных вод, для длительного вывода или отвода воды, если они вызывают сокращение или ускорение стока или вредно влияют на состояние русла или берега;

4) устройства или существенного изменения мостов и помостов (§ 18).

Во всех этих постановлениях мы видим проявление принципа публичности (*Publizitätsprinzip*), который ясно выражается также в следующем:

1) В общем предписании о том, чтобы приспособления для пользования публичными водами, а, в особенности, плотины (*Stauanlagen*) и приспособления для спуска или вывода вод, так содержались и использовались, чтобы бесполезное пользование или бесполезный простой воды ко вреду других лиц могли бы быть устраняемы (§ 16).

2) В общем постановлении, что пользование всяким особым правом может происходить лишь по соображению с прочими особыми правами—правило: *qui suo jure utitur, neminem laedit* в отношении водного права теряет свою силу (§ 21 а).

3) В возложении на владельца плотины в публичных водах или владельца устройств для орошения или осушения земельных участков обязательства предоставлять, за вознаграждение, возможность совместного пользования устройствами для подобных же целей другим, если только благодаря этому не причиняется ущерба первоначальному назначению устройств (§ 13).

4) В предписании, что право на особенные виды пользования водою может быть предоставлено лишь для определенных целей, что всякий акт, предоставляющий подобное право, должен ограничиваться лишь тем, что действительно необходимо для целесообразного и хозяйственного пользования и что не должны быть предоставляемы права на пользование водою, когда оно нехозяйственно и явно нецелесообразно (§ 19).

5) В предоставлении полномочий властям прекращать полностью или частью существующие права пользования публичными водами у одного предприятия в интересах другого, поскольку эти права могут быть отняты у первоначально управомоченного без существенного ущерба для его предприятия, при хозяйственной постановке дела (§ 21); далее—права властей обязывать владельца оросительного или вододействующего устройства к улучшению устройств, если при существующих происходит утечка воды, и если посредством улучшения приспособлений достигается без особого для промышленного предприятия обременения возможность получения излишка воды (§ 22)—в обоих случаях устанавливается вознаграждение владельца первого устройства.

6) В предоставлении полномочий власти регулировать и ограничивать, по требованию одного из заинтересованных лиц, использование существующих особых прав (*Sonderrechte*) на публичные воды, если, при уменьшении уровня воды или по другим основаниям, наличной воды уже недостаточно для потребностей всех управомоченных (процесс уравнения) (§ 26).

7) В правомочии власти отказывать полностью или частью или обязывать к устранению или изменению устройств, вследствие преобладания ущерба от них или при опасности для общего блага существующих видов пользования водою, и, далее, в случае явного причинения ущерба или при опасности для чужих владений или устройств, предписывать, по требованию заинтересованных, изменение способа пользования или устройства, если только это осуществимо без существен-

ного ущерба для управомоченных при условии в обоих случаях вознаграждения управомоченного на пользование (§ 18).

8) В установлении исключительных прав административных властей, при угрожающей опасности, временно распорядиться водами, находящимися в собственности или в пользовании третьих лиц и, в связи с этим, поскольку окажется необходимым, предъявлять претензии и на соседние участки—и то и другое с выдачею, кому следует, вознаграждения.

9) В определении, что особые права на публичные воды прекращаются, между прочим, и тогда, когда наступают такие фактические обстоятельства, которые делают невозможным на длительный срок использование вод, соответствующее их назначению, или, если соответствующее пользование не осуществлялось непрерывно в течение трех лет (§ 30).

Далее определялось по отношению к разрешению впуска вредных веществ в публичные воды, что оно, по общему правилу, предоставляется лишь с правом отобрания (§ 18 ч. 3) и что, при отсутствии указаний на возможность отобрания, подобное право может быть во всякое время ограничено или прекращено без вознаграждения, поскольку в этом возникнет настоятельная общественная нужда или если управомоченному это не причинит существенного вреда (§ 27).

При издании подобного закона, в столь широком масштабе подчиняющего водное хозяйство публично-правой регулировке, трудным вопросом для законодателя является решение судьбы бесчисленных фактически существующих разнообразных видов пользования водою, официальное происхождение которых вовсе не может быть доказано, но которые бесспорно осуществлялись к моменту издания закона. Было бы несправедливо закрепить законом только те из „приобретенных“ прав, в отношении которых были бы представлены доказательства того, что они санкционированы властями или признаны вследствие существования по незапамятной давности. Владельцы прибрежных участков не совершали ничего недозволительного тем, что использовали фактическую возможность различных видов пользования водами, часто основывая на этом свое хозяйственное благополучие. Поэтому, составители саксонского водного закона решили предоставить возможно более широкую защиту этого фактически существующего пользования водами, исходя из презумпции его правомерности и как бы санкционируя их новым законом. Но, разумеется, предполагалось делать это при соблюдении некоторых условий. Ни в коем случае не могли быть признаны права, которые шли бы в разрез с законом, противоречили бы его основным положениям. Власть сохраняла право устранения их в последующем и, наконец, преимущество и непоколебимость прав, воз-

никавших в силу специальных правоустанавливающих актов, должны были быть сохраняемы полностью.

Закрепление полностью фактического водопользования могло бы повести к искусственному измышлению и фактическому установлению различных прав накануне самого введения в действие нового закона. Это должно было быть предотвращено.

Проект предусматривал (§ 38), что признание фактического водопользования могло иметь место, только если бы оно сложилось более чем за год до вступления в силу закона. Наконец, в интересах третьих лиц, устанавливалось, что подобные права могли быть признаны не иначе как в порядке вызывного производства, по надлежащем опубликовании претензий фактических водопользователей и после допроса всех заинтересованных лиц, в разрез с интересами которых или с нарушением интересов которых шло бы признание заявленных притязаний фактических пользователей (§ 39).

Принцип публичности для практического своего осуществления, требует ведения системы водных книг, на подобие ипотечных. Все управомоченные заинтересованы в том, чтоб в этих книгах были зарегистрированы их права. В них же определяется соотношение разных прав и все заинтересованные лица могут легко определить относительно различных прав на воду, какие из них и в каком объеме существуют.

В книги вносятся: а) перечень вод, признанных, на основании закона, публичными, б) все существующие в отношении этих вод, основанные на специальном акте пожалованья (*Verleihung*¹⁷) или административного разрешения права пользования водой, с) все существен-

¹⁷) Термин этот шире, чем понятие концессия. По крайней мере в водном законодательстве он употребляется и в смысле одностороннего акта пожалованья в тесном смысле слова, и в смысле двустороннего, связывающего власть соглашения, т. е. в смысле концессии. В литературе отмечается, что *Verleihung*, в отличие от *Gebrauchserlaubniss* устанавливает право или отчуждая его у хозяина (так в Баденском водном законе ср. *Wiener*, стр. 94) или создавая его вновь, как в горном праве (и Прусском законе § 46). В обоих случаях недостаточно, конечно, полицейского разрешения (*Gebrauchserlaubniss*). См. *Otto Mayer D. Verw. R. B. II* § 38 стр. 367 сл., 183 сл. стр. 189 прим. 13; там же § 49 стр. 431 сл.

Следует, однако, отметить, что терминология в этом вопросе недостаточно выдержана. Как мы видели, в Баварском законе (см. прим. 15) различаются *Erlaubniss* и *Genehmigung*, при чем первое отличается от второго примерно так, как различает О. Mayer концессию (*Verleihung*) и разрешение (*Erlaubniss*). В русском переводе Баварского водного закона термины *Erlaubniss* и *Genehmigung* вовсе не различаются, что оправдывалось отсутствием в нашей литературе административного права теоретической разработки этого вопроса и недостатком готовых терминов.

Шеллер не отождествляет понятие „*Konzession*“ и понятие „*Verleihung*“ (В. I стр. 21). Он считает, что концессия устанавливает личное непереносимое (неотчуждаемое право), а пожалованье дается применительно к определенному участку и обосновывает право, которое может быть передано третьему лицу. Это толкование Шеллера необосновано ни положительным правом, ни литературными ссылками. Учение о концессии излагается ниже (Прусс. закон IV, 3 и гл. IX).

ные изменения в составе и объеме этих прав и д) прекращение этих прав.

Записям в водные книги не придается правоустанавливающей силы, они имеют только доказательное значение и признаются отвечающими действительности и правомерными до доказательства противного (§ 40).

Проект поставил на новые основания также вопрос о содержании публичных вод и принятии предупредительных мер против наводнений. В неразвитом водном праве эти обязанности возлагаются, обыкновенно, на прибрежных жителей. Но последние не могут, конечно, осуществить эти обязанности надлежащим образом только своими силами. Поэтому более справедливо и целесообразно привлекать к несению этих обязанностей не одних только прибрежных владельцев. Уже раньше гессенский и баденский законы возложили эти обязанности на общины, предоставив последним раскладывать издержки по содержанию вод и борьбе с наводнениями на всех, кому предпринятые работы доставляют выгоды. К этому присоединяется организация водных товариществ для содержания, очистки и перенесения русла публичных вод, для защиты от наводнений и для устройства сборных водоемов и плотин. Для образования таких товариществ проект предусматривал широкие возможности.

Публичный принцип в водном законодательстве предполагает, наконец, возможность, если это необходимо, отчуждать существующие права для общего блага. Саксонский проект 1905 г. предусматривал возможность принудительного отчуждения в следующих случаях:

- 1) В целях орошения или осушения земельных участков или для отвода воды.

- 2) Для очищения, изменения русла или других изменений в течении публичных вод.

- 3) Для обеспечения какой либо местности водою для питья и нужд первой необходимости.

- 4) Для ограждения берегов или предупреждения наводнений.

- 5) Для образования запасов ключевой или дождевой воды.

- 6) Для устройства сооружений, регулирующих колебание уровня воды в различные времена года (водоемы).

- 7) Для эксплуатации или устройств отводов воды из целебных источников, когда это может быть обосновано общественными нуждами и потребностями народного здоровья или когда от подобного предприятия можно ожидать крупных выгод для народного хозяйства.

Само собою разумеется, что принудительное отчуждение предусматривалось с соблюдением установленных законом общих правил об экспроприации.

Дела, касающиеся отношений между водопользователями, отнесены были к компетенции административных властей и подчинены чисто административному разбирательству. Но, помимо того, предусматривалось и рассмотрение дела в порядке общего судебного разбирательства.

Таковы были основания проекта водного закона, который правительство Саксонии рассчитывало провести через представительные учреждения. Принцип публичности был выражен в этом проекте в простой, ясной и отчетливой форме. Но, замечает комментатор закона Др. Шелхер,¹⁸⁾ правительство встретило с разных сторон, как внутри, так и вне собрания сословных представителей очень сильные возражения. С наиболее обстоятельной критикой законопроекта выступил О. Георги, напечатавший по этому поводу специальное исследование¹⁹⁾. В своей книге он исходит прежде всего из историко-правовых данных, указывая на то, что принципы проекта противоречат действовавшим в Саксонии в отношении вод нормам римского права, которое, при его практическом применении в Саксонии, понималось всегда в духе толкования Барона, с тенденцией ограничения категории публичных вод. По его мнению, проект противоречит также местному саксонскому законодательству (нескольким указам) и, наконец, судебной практике 18 и 19 вв.

Георги подходит к вопросу и с точки зрения хозяйственной целесообразности. Он вспоминает русскую общину и проводит параллель между запутанными земельными отношениями, при отсутствии определенных и гарантированных прав, и порядком, который, неизбежно, царит там, где все воды объявляются публичными и, следовательно, никто не имеет обеспеченного права. Ни одно право, говорит он, не заслуживает этого названия, если ему не обеспечено существование²⁰⁾.

Между тем, в проекте водного закона для Саксонии Георги не только не находит этой необходимой обеспеченности прав на воду, но, наоборот, усматривает тенденцию устранить гарантии прав. В качестве основания их возникновения проект предусматривает либо временное разрешение, либо концессию (*Verleihung*), но граница между тем и другим проводилась до того неотчетливо, что в каждом отдельном случае можно было бы, по желанию, найти либо одно, либо другое основание.

Защита общественных интересов, наличие которых в водном хозяйстве общепризнано, вполне совместимо, как это можно видеть на

¹⁸⁾ В. 1, 2-е изд. стр. 37.

¹⁹⁾ Dr. O. Georgi—Der Sächsische Entwurf eines W. Gesetzes. Leipz. 1907.

²⁰⁾ О. с. стр. 65.

примере горного права, с частно-правовым принципом и с признанием существующих и приобретенных прав.

Эти и другие возражения против законопроекта было трудно преодолеть. Поэтому, правительство, имея особенно в виду опыт проекта 1845 г., построенного на сходных основаниях и не увидевшего света, не хотело упорным отстаиванием чистого принципа публичности привести к тому, чтобы поставить под угрозу или под вопрос проведение в жизнь общего водного закона, издание которого становилось все более настоятельной потребностью. Но правительство и не хотело и не могло помириться с урегулированием водного права на основах частно-правовых, так как это повело бы, по его убеждению, к большому регрессу, как с точки зрения уже установившегося на практике порядка, так и с точки зрения всего новейшего развития права в этой области.

На основе признания частной собственности был построен вышедший как раз в это время Баварский закон 1907 г., но его положения далеко не соответствовали тенденциям саксонских законодателей. Недостаточно полное проведение в Баварском законе принципа публичности сознавали многие и в Баварии. В записке депутата Мальзена по поводу проекта водного закона был прямо поставлен вопрос: не следует ли определенно выразить в законе, что вся совокупность текучих вод изымается из частной собственности и превращается в публичное достояние, поскольку еще некоторые воды не были объявлены публичными? Не подлежит сомнению, что этим была бы достигнута непревзойденная ясность и упрощенность отношений в области водного права. В пользу такого решения вопроса говорят, казалось бы, и важные социально-политические и народнохозяйственные моменты в интересах охватывающего все потребности и наивозможно более интенсивного водного хозяйства. Только препятствия, заключающиеся в общих принципах баварского законодательства, отступление от которых не представлялось возможным, заставили остаться при иных основаниях водного закона, чем изложенные в только что цитированной записке одного из депутатов.

2. Водный закон 1909 г.

В поисках какого либо пути для разрешения важного вопроса об упорядочении водного хозяйства и считаясь с трудностью проведения через представительные учреждения первоначального проекта, саксонский законодатель искал этого решения, поставив перед собою ясно те цели, которые должны быть достигнуты.

Урегулировать правовые интересы тех, которым возможность пользоваться водой принадлежит, по природе вещей, и утвердить господство публичной власти в водном хозяйстве в той мере, поскольку это требуется в общих интересах для достижения максимального использования полезных свойств воды и наиболее полного устранения вредных—вот цели водного законодательства.

Для того, чтобы осуществить эти две основных идеи, законодатель мог обойтись, не применяя обыкновенных юридических формул и отказываясь от разрешения вопроса, рассматривать ли текущую воду, как предмет частной собственности и составную часть участка, по которому она течет, или, как вещь публичную, как достояние общественное, конструировать ли право на пользование ею, как вытекающее из собственности на землю, или как правомочие, предоставленное публичной властью. Он мог, лучше сказать, удовольствоваться тем, чтобы, поставив перед собой данные ему практические цели, предложить, соответственно им, надлежащий порядок для фактических отношений в данной области. Юридическая характеристика этих отношений могла быть предоставлена правоведению; закон не должен был учебником²¹⁾.

„Раз законодатель стал на эту точку зрения, ему уже не нужно оперировать с чисто научными понятиями публичных и частных вод, он занят лишь исключительно определением взаимных правоотношений владельцев участков, расположенных вдоль берегов текущих вод, и других владельцев, которые также имеют возможность пользования, соответственно их практическим потребностям. Пользование и содержание вод он подчиняет ведению правительственных органов в той мере, сколько этого требует удовлетворение государственных интересов. Вопрос о принадлежности и юридической природе текущих вод и об юридическом характере различных видов пользования ими не должен более разрешаться в законе, а предоставлен всецело свободному обсуждению юриспруденции.

Сообразно этому и поступило правительство Саксонии. Оно видоизменило проект, устранило из него чисто конструктивные начала, но подчинило одинаковому режиму судоходные и несудоходные, большие и малые течения, с теми лишь исключениями, которые предусматривались проектом относительно замкнутых и подземных вод.

В результате в проекте было прежде всего заменено повсюду выражение „публичные воды“ выражением „текучие воды“ и на место слов: „предоставление государством (staatliche Verleihung) прав пользования водою“ было в соответствующих случаях поставлено „правительственное дозволение надлежащих видов пользования“.

²¹⁾ Schelcher. O. c. 1 p. 38-39.

Основной принцип закона получил следующее выражение в § 1: „Пользование и содержание текущих вод подчинено надзору государства, согласно предписаниям настоящего закона. Под текущими водами в законе понимаются все публичные и частные воды, находящиеся в постоянном движении в естественном или искусственном ложе.“

В новом водном законе (12 марта 1909 г.), говорит Шелхер²²⁾, несмотря на изменение принципов, вытекавших из основной идеи правительственного проекта, сохранилось и проведено с полной последовательностью господство публичной власти над отношениями по текущим водам, согласно требованиям общего блага“.

В объяснениях правительства по поводу соотношения частного и публичного права в законе говорится следующее:

„Публичное право не намерено вторгаться во взаимоотношения отдельных лиц между собою, т. е. в частно-правовые отношения, оно оставляет их, как таковые, в неприкосновенности (unberührt); но оно подчиняет твердо установленным публично-правовым ограничениям пользование частными правами. Отдельное лицо может обладать собственностью или другим частным правом на текущие воды, оно могло приобрести на основании договора, давности или другого юридическо-го титула различного рода и объема преимущественные, по сравнению с другими лицами, права на пользование водами, но все же самое использование этих прав стеснено и ограничено в той мере, как того требует публично-правовой порядок. И этим правопорядком должен быть новый водный закон“²³⁾.

Какие же частные права на воду признает Саксонский водный закон 1909 г.? Как видно из изложенного, этот закон не создает их и не уничтожает. Продолжают, по прежнему, существовать те права, которые знало гражданское право Саксонии, но они лишь видоизменяются, под влиянием того нового публично-правового режима, который создан водным законом.

Прежде всего существуют права прибрежных владельцев. Но когда, при рассмотрении закона, было внесено предложение (Опица) включить в закон специальную норму о признании прав прибрежных владельцев („Прибрежный владелец текущих вод обладает правом на все виды использования текущей воды, поскольку он не лишен их или не ограничен предписаниями настоящего закона“) — это предложение было отклонено. С точки зрения водного закона Саксонии, под правами прибрежного владельца разумеется не какое либо частное право пользования, а юридически охраняемая возможность пользоваться, принад-

²²⁾ О. с. В. 1, стр. 42.

²³⁾ Schelcher. В. 2, стр. 22.

лежащая ему в силу фактического положения участка. Если бы в закон включено было то положение, которое предложил Опиц, то это было бы равносильно юридическому закреплению преимущественных прав береговых владельцев, по сравнению с прочими пользователями. Водный закон, задачу которого составляло урегулировать взаимоотношения водопользователей с государством, не нуждался в данном вопросе в чем либо большем, чем общее признание прав прибрежных владельцев в числе прочих прав на воду ²⁴⁾.

Водный закон признает две категории прав пользования водою: права общего пользования, принадлежащие всем и каждому (*Gemeingebrauch*) и особые права (*besondere Benutzung*). Последние вытекают, по конструкции закона, не из принадлежащего государству права распоряжения текущими водами, а из существующего самого по себе правомочия отдельного лица, а именно из того юридического и фактического положения, в котором кто либо находится в качестве ли берегового владельца или лица, которое получило возможность действовать вместо него.

„В этом принципиальное отличие закона от первоначального проекта, который провозглашал воды общественным достоянием и ставил все отдельные виды пользования в зависимость от государства ²⁵⁾.

Упоминая о частных правах, водный закон не хочет ни создавать, ни уничтожать каких либо прав и, потому, он разумеет под „частными“ не гражданские права в техническом смысле слова, а, в широком смысле, права отдельных лиц, индивидуальные права ²⁶⁾.

Против такого понимания саксонского закона возражает Полмар ²⁷⁾. По его мнению, официальное толкование неправильно ²⁸⁾. Если, говорит он, пользование водою со стороны прибрежных владельцев рассматривать только как фактическую возможность, которая в любое время может быть ограничена, а при некоторых обстоятельствах и вовсе прекращена, то оно утрачивает отличие от общего пользования и было бы последовательнее не говорить вовсе о правах частных лиц на пользование водою, ограничившись признанием только категории прав общего пользования водами. Но, это, по мнению Полмара, было бы правильно только в том случае, если бы все текущие воды были объявлены публичными.

²⁴⁾ О. с. В. 2, стр. 4-5.

²⁵⁾ Ibidem, стр. 23-24.

²⁶⁾ Там же, стр. 7.

²⁷⁾ P o l l m a r. Das Recht der Anlieger an den fließenden Privatgewässern in Königreich Sachsen. Sächs. Arch. 1910, 466 ff. Цит. по Шелхеру.

²⁸⁾ Шелхер цитируемый нами комментатор, — должностное лицо, он был представителем правительства в палатах и опирается в своих комментариях, на официальные документы, получившие название „аутентических“.

Полмар стоит на той точке зрения, что, за исключением Эльбы, двух Мульдов и Белого Эльстера, другие реки остаются частными и что собственники прибрежных участков, помимо прав, которые принадлежат и другим, в качестве прав общего пользования, обладают еще вещными правами пользования водою, протекающею через их земли или на границе их земель. И это право пользования не является последствием собственности, а особым правом, дополняющим вещное право на земельный участок. Так ли это в действительности?

Как мы видим, закон 1909 г. не разделяет вод по принадлежности государству и частным лицам. Он не оперирует вообще с классификацией вод на частные и публичные и разграничивает воды, лишь с точки зрения того объема полномочий административных органов, которыми определяется их поднадзорность.

Классификация построена, таким образом, на административном признаке, а не на основе принадлежности вод государству или частным лицам.

Для решения вопроса о частных водах необходимо, поэтому, обратиться к другим источникам права.

В анналах высшего королевского апелляционного суда Саксонии имеется ряд решений, из которых можно установить, какими принципами водного права руководствовалась судебная практика в 18 и 19 в. в. ²⁹⁾.

Решения эти проникнуты признанием частно-правовой точки зрения. Никаких сомнений не вызывает у суда, что источники и образуемые ими ручьи находятся в полном распоряжении владельцев земель: „*portio enim agri videtur aqua viva*“. L. 11. D. *quod vi aut clam* 43, 24.

Исторический приказ 7 октября 1800 г., об'явивший Эльбу, Мульды и некоторые другие реки публичными водами, суд понимает как тенденцию законодателя дать исчерпывающий перечень публичных вод и, таким образом, ограничить применение принципа публичности точно очерченной сферою. Ложе реки признается (*praesumptio juris*) принадлежащим береговым владельцам и этот основной принцип настолько укоренился, что относительно так называемых „публичных“ рек нарочито подчеркивалось, что они не должны рассматриваться непременно как государственное имущество (*Staatsvermögen*), поскольку не доказано определенно, что ложе их не принадлежит частным лицам ³⁰⁾.

²⁹⁾ См. Dr. Otto Georgi—*Dar sächsische Entwurf eines Wassergesetzes* L. 1907, p. 29-56.

³⁰⁾ Саксонское гражданское уложение не давало прямого ответа, какие реки публичные и только косвенно (§§ 281-283) подтверждало, что частные все, кроме больших (Эльбы, Мульдов и Эльстера).

В таком смысле высказывается и исследователь Саксонского частного права Шмидт, (*Schmidt. Vorlesungen über sächsisches Privatrecht* стр. 90 сл.), который считает что воды,

Основные положения практики судебных учреждений Саксонии по водным делам могут быть разюмированы следующим образом:

1) Классификация вод в Саксонии основывалась на приказе 1800 г. и Generale 1811 г. 2) На основе этих законов допускалась возможность существования частных прав в отношении вод, отнесенных ими к категории непубличных и 3) Защита этих частных прав производилась в общем судебном порядке.

В виду отсутствия в водном законе Саксонии специальных постановлений относительно права собственности на воды и, с другой стороны, в виду того, что ст. 65 Е. Г. предоставляет регулировку правоотношений по водам местному законодательству, прежняя практика приобретает существенное значение: она может рассматриваться, как юдициальное право, равносильное обычному. Значение этой практики усиливается тем, что она соответствует принципам германского гражданского уложения (§§ 251-283 и 354-356. В. Г. В.) и теории водного права. Поскольку право собственности на реку заключается в праве на русло (что признано и § 8 Саксонского закона) и в праве на все виды пользования текущею в этом русле водою, за исключением тех, в отношении которых установлены специальные ограничения (ср. § 6 Сакс. зак.), в Саксонии существуют частные воды в более широком смысле чем только замкнутые (§ 4). Разница лишь в том, что право на замкнутые воды понимается законом, как право собственности и на ложе и на самую воду, в других же случаях вода остается *res communis* и береговые владельцы ограничены в своих правах. Отказавшись от конструкции первоначального проекта, согласно которому каждое частное право зависело от разрешения государства, Саксонский закон перешел тем самым к признанию существующих частных прав, но с установлением ряда ограничений их вплоть до полного прекращения путем экспроприации (Ср. особ. § 146 Сакс. водн. зак.).

При отсутствии в самом законе классификации вод на публичные и частные, в тексте его можно найти несколько частичных указаний, облегчающих ориентировку в распределении прав на воду в Саксонии.

Русло Эльбы и нескольких других больших рек признано собственностью государства (§ 5, з). А так как право на воду этих рек никому особо не предоставлено и, согласно закона (§ 3), частные лица сохраняют лишь те права пользования водою, которые они уже приобрели до издания закона, то государство сохраняет в своих руках широкую возможность распоряжения этими водами. Большие реки.

не составляющие собственности фиска, должны быть причислены к частным и, следовательно, их ложе и берег принадлежат в соответствующих долях тем, через чьи земли они протекают. (Georgi о с. стр. 43; Schelcher В. 1 стр. 23-24).

перечисленные в § 5 закона, являются публичными и в смысле принадлежности их государству и в смысле подчинения режиму публичности (служение общественному назначению). Их юридическое положение соответствует положению судоходных рек во Франции и публичных вод в Баварии, с тою разницею, что категория этих вод во Франции и Баварии много шире, а права государства в Баварии определенно выражены в самом законе. 31-го марта 1913 г. надлежащими правительственными органами в Саксонии был установлен порядок выдачи разрешений частным лицам на право пользования ложем Эльбы, Мульдов и Белого Эльстера, для прокладки кабеля, устройства отводов, взятия камня, гравия, песку и др.³¹⁾.

Вторая категория вод это постоянно текущие воды, (за исключением больших рек, ложе которых принадлежит государству³²⁾). Первоначальным проектом предполагалось объявить эти воды публичными. Закон сохранил право собственности на русло этих рек за прибрежными владельцами, если оно не приобретено к. л. другими частными лицами (§ 5, 1), а пользование водою закон связывает не с правом на русло, как производное от права собственности, а предоставляет береговым владельцам и другим частным лицам, как самостоятельное право, связанное с фактическим положением участка или вытекающее из других юридических оснований³³⁾. Такой подход закона не создает презумпции в пользу прав частных лиц и они должны в сомнительных случаях доказывать свои права.

По этой причине закон не только не предполагает, что пользование водою, хотя бы и со стороны прибрежных владельцев, может происходить по их усмотрению, как это было бы логично, если бы право пользования водою рассматривалось как производное от права на русло, но, наоборот, закон определенно указывает, что „бесполезное употребление или бесполезное запруживание воды“ не допустимо (§ 21). В Саксонском законе этот принцип социального характера выражен более ярко, чем в уже известной нам ст. 66 Баварского закона.

Третью категорию по Саксонскому закону составляют „замкнутые“ воды, которые закон (§ 4) рассматривает, как *portio fundi*. Это частные воды и в смысле принадлежности их частным лицам и в смысле наибольшей свободы от правительственного надзора (§ 1,2).

³¹⁾ Schelcher. B. 1, стр. 301.

³²⁾ Сюда не относятся также, как и во Франции, дождевые и снеговые воды, которые не могут считаться постоянно текущими (Schelcher. B. II, 9.).

³³⁾ Здесь приходится вспомнить конструкцию Вольфа см гл. 4, прим. 30; ср. Schelcher B. 2 комментарий к § 3 п. 4, к § 5 п. С. и предисловие ко второй части закона B. 2, стр. 73. Ср. также изложенную выше (прим. 27) точку зрения П о л м а р а.

Все три категории вод подчиняются началу общего пользования. Саксонский законодатель не намеревался придавать участию в общем пользовании характер права, но, зато, в докладных записках к закону усиленно подчеркивалось, что общее пользование распространяется и на частные воды³⁴⁾.

Юридически общее пользование ограничено тем, что оно не может сопровождаться изменением или причинением вреда водному течению, руслу или берегу, и допускается лишь при условии непричинения ущерба правам и интересам третьих лиц. Собственник источника или берега реки не в праве воспрепятствовать общему пользованию, но он не обязан облегчать или специально открывать его, предоставляя доступ к воде, где его еще нет. Если источник протекает через частный парк, то владелец последнего не обязан открывать доступ туда посторонним лицам.

Саксонский закон не рассматривает общее пользование, как частно-правовой институт. Решение всех споров по поводу общего пользования предоставлено административным органам и им же предоставлено право ограничивать общее пользование, поскольку это будет необходимо в интересах государственных или в интересах охраны частных прав (§ 22, 3). Но, никто не уполномочен предъявить к властям претензию на предоставление участия в общем пользовании.

Перечень видов общего пользования носит, поэтому, примерный характер: закону нет надобности его ограничивать, раз общее пользование вопрос факта, а не права. Признаком общего пользования является, как везде, возможность непосредственного, открытого пользования всех и каждого, а объем его ограничивается целями домашнего хозяйства, мелкой промышленности и земледелия, общеупотребительными приемами пользования и допустимостью такого же пользования для других.

В соответствии с постановлениями французского и баварского законов о частных реках, из права общего пользования исключена возможность пользоваться песком, камнями, гравием со дна реки, в виду того, что русло рек в Саксонии (кроме перечисленных в § 5 больших рек) принадлежит на праве частной собственности береговым (по преимуществу) владельцам. Есть тенденция предоставить последним исключительное право и на лед. Однако, обосновать это правом собственности на русло невозможно. Лед—это замерзшая вода, которая никому в отдельности не принадлежит. Когда водное право строится на других основаниях, чем принятые в Саксонском законе, а именно, когда береговым владельцам, государству или общинам, предоставляется право собственности на русло, покрытое водою, а не

³⁴⁾ Schelcher. B. II, 76-77

только на русло, то собственникам принадлежат все разнообразные выгоды, связанные с таким владением (ср. Прусский закон). И это не только упрощает вопрос, но и создает стимулы к наиболее интенсивному использованию. При структуре же Саксонского закона, эксплуатация льда должна быть признана либо одним из видов общего пользования, либо одним из прав береговых владельцев, приобретенным ими по обычаю, в силу естественного преимущества их владений. В первом случае власть, на основании предоставленного ей полномочия, могла бы ограничивать этот вид пользования в интересах государственных и частных, „для обеспечения достижения основных целей водного хозяйства“³⁵), во втором, ей пришлось бы считаться с „приобретенным правом“ (§ 3), которое могло бы подвергнуться только ограничениям, предусмотренным законом.

Помимо общего пользования, Саксонский водный закон предусматривает различные виды пользования со стороны отдельных лиц. Он предполагает в принципе свободу в этом отношении отдельных лиц, но § 23 указывает некоторые виды пользования, которые допускаются лишь с разрешения властей. Сюда относятся те, которые связаны с загрязнением вод, изменением их уровня, устройством плотин, отводов и пр.. Все это так называемые „особые виды пользования“, предусматриваемые, обычно, во всех современных водных законах.

Власть не обязана выдавать разрешение каждому претенденту. Закон предоставляет это на ее усмотрение, при чем в качестве общего указания обязывает власть не давать разрешения „предприятиям явно нехозяйственным и нецелесообразным“ (§ 26). Формула эта очень широка, особенно во второй своей части, так как „целесообразность“ менее всего поддается точному определению. К тому же и данное уже разрешение может быть взято обратно, если этого потребуют государственные интересы (§ § 27, 28), а также—в интересах государственного предприятия (§ 32).

Осуществление предоставленных властью „особых прав“ должно происходить со справедливым учетом таких же прав других лиц (§ 31). Эта статья, содержащая отступление от принципа *qui suo jure utitur neminem laedit*, служит основанием для власти уравнивать коллидирующие интересы (*justitia distributiva*), в порядке примирительного процесса³⁶).

Такое же начало может быть применено и в отношении замкнутых вод, что еще более расширяет ограничение частных прав во имя

³⁵) Schelcher. В. II, 87.

³⁶) Ст. ст. 65-72 Баварского закона подробно регламентируют этот процесс, Саксонский же закон заключает в себе лишь общий принцип.

общественных интересов. Саксонский закон содержит серьезное ограничение хозяйского усмотрения, когда в § 75 требует от хозяев такого содержания принадлежащих им вод (замкнутых), при котором общественное благополучие было бы обеспечено от причинения ущерба или опасности. Закон не идет так широко, чтоб охранять подобным образом и интересы частных лиц. В §§ 40 и 41 он обуславливает разрешением властей некоторые виды использования собственниками их вод, но дает власти право отказать в разрешении только исходя из соображений „общего блага“. Подобные ограничения собственности не представляют, по существу, большого новшества, но отличаются от других известных уже гражданскому праву ограничений своим широким и неопределенным содержанием.

В качестве одного из ограничений собственности предусмотрено в Саксонском законе право береговых владельцев пользоваться водою, протекающею по чужому руслу (случай, когда русло текущей воды принадлежит постороннему лицу) и право доступа на ту часть этого русла, которая временно свободна от воды (§ 6). Эта статья относится к ряду норм, которыми закон регулирует земельные отношения, связанные с правом на воды. Здесь — обычные правила о намыве; право прибрежного владельца, у которого оторвана часть земли, оспаривать ее в течение года у того, к чьей земле она отнесена (§ 8); признание права на остров за теми, кому принадлежит русло (§ 9) и право заинтересованных лиц на восстановление прежнего течения реки, переменившей русло (§ 10), если она намерена восстановить прежнее течение заявлено в течение года и работы выполнены в установленный властями срок.

Ряд существенных ограничений и обязанностей возлагает закон на прибрежных владельцев, в связи с приведением в порядок и содержанием в порядке водного течения (§ 82) и обеспечением сохранности берега (§ 85). Подобно Баварскому закону (ст. 86), Саксонский обязывает собственников речного русла „воздерживаться от всяких работ, которые могут угрожать сохранности берега“. Запрещаются также постройки, ограды и насаждения в пределах высшего стояния вод (границы полной воды), если это может отразиться на уровне воды, и возлагается обязанность выкорчевывания деревьев и кустов, когда они суживают место стояния полной воды и препятствуют или вредят иначе стоку воды (§§ 87, 88).

Наконец, закон устанавливает (§§ 143, 152) ряд специальных оснований для принудительного отчуждения прав частных владельцев, преимущественно в интересах мелиорации, и право пользования водою и участками в случаях крайней нужды (§ 153).

Таким образом, саксонский закон, не разрешая вопросов о праве на воды, заключает в себе много норм, существенно влияющих на материальные права береговых и прочих владельцев, связанные с водопользованием, и подчинением их, как и в других водных законах режиму публичности. Частные права на воды сохранились все же в Саксонии в большей степени,—чем можно было ожидать по характеру закона, но, ни частные владельцы, ни государство ничего не выиграли от того, что законодатель прибегнул к политике страуса в вопросе о праве собственности на воды. Административный, по своей концепции, водный закон Саксонии затрагивает самые существенные вопросы водопользования и удовлетворительно разрешает их, но не дает той ясности и определенности отношений, которые внесло бы признание права собственности государства на публичные реки и частных лиц на остальные.

III. Баденские законы 1899 и 1913 г. г.

История водного законодательства в Бадене. Нововведения закона 1913 г. 1. Классификация вод. Публично-правовая собственность государства на публичные воды. Собственность общин на непубличные текущие воды. Ее субсидиарный характер. Частные воды. Земельные отношения. 2. Права на пользование водами. Основные положения закона. Тенденция обобществления. Отрицание преимуществ прибрежных владельцев. Права землевладельцев водного бассейна. Юридическая природа прав на пользование водою. Порядок предоставления этих прав по закону 1913 г. Отменяемость разрешений. Сближение режима публичных и непубличных вод. Преимущественные права прибрежных владельцев на пользование руслом непубличных рек. Расширение полномочий государства за счет прав общин. Пользование искусственными водами и конструкция этого права. Ограничение прав частных владельцев в отношении пользования источниками и грунтовыми водами. Водные пределы. 3. Принудительные постановления в Баденском законе. 4. Расширение компетенции администрации.—Общая оценка закона и его конструкций.

Водное законодательство Бадена является одним из старейших в Германии. Горная страна, обладающая реками с быстрым течением и с неустойчивым режимом, открывает много возможностей для использования водной энергии и таит много опасностей от водной стихии. Поэтому, уже с начала XIX в. в Бадене издавались специальные акты, регулировавшие устройство различных водных сооружений и мер по предупреждению наводнений и содержанию рек. Рано появилось здесь и сознание того, что права на воду не могут быть абсолютными и безусловными, что всякое притязание одного лица должно соразмеряться с притязаниями других, так как текущая вода должна обслуживать нужды всех. Эта мысль отчетливо высказана в мотивах к законопроекту, который получил силу закона в 1876 г.³⁷⁾

³⁷⁾ Schenkel стр. 19. Труд Шенкеля (см. указатель литературы перед Введением) должен быть признан выдающимся по содержательности. Издание Wiener'a лишь пополняет его толкованием дополнений и изменений, внесенных законом 1913 г. Таким образом, для изучения Баденских законов, необходимо пользоваться обоими комментариями.

Закон 1876 г. объединил разнородные (частно и публично-правовые) положения, относившиеся к водопользованию, но он не дал все же исчерпывающей регламентации всех отношений и опирался на соответствующие нормы Баденского земского права. Поэтому, когда выяснилось, что Германское Гражданское Уложение предоставило вопросы водного права партикулярному законодательству, то потребовался пересмотр местных законов и 26 июня 1899 года был утвержден новый закон.

Баденский водный закон 1899 г. почти ровесник французского закона 1898 г. В период его создания, он казался своим составителям последним словом водного законодательства. В нем чувствуется много родственной близости с французским законодательством, с его понятием *domaine public* и принципом неотчуждаемости доменов. Все воды, в зависимости от их значения и приспособленности для судоходства и сплава, объявлены были в Бадене собственностью государства и общин (ст. 1 и 2), но без права перенесения этой собственности или ее ограничения в пользу третьих лиц (ст. 5). Подчинение частных прав принципу публичности было проведено в этом законе очень широко и он мог считаться передовым.

Но, вопреки ожиданиям, уже через несколько лет потребовалось дополнение, а затем и существенная переработка закона. Причиной этого было исключительное развитие в Бадене водного хозяйства, главным образом, в отношении использования водной энергии³⁸⁾.

После ряда попыток, начиная с 1906 г., водный закон был, наконец, переработан в 1912 г. и 12 апреля 1913 г. получил окончательную редакцию. Значительная часть прежнего закона 1899 г., в том числе его основные принципы, остались неизменными, но и принятые изменения представляются весьма существенными. Нововведения могут быть разделены на четыре группы³⁹⁾. Первая обнимает статьи, относящиеся к пользованию непубличными водными течениями. Здесь устанавливается большая зависимость пользования от разрешения властей, которое дается по соображению с другими нуждами. Вторая—пользование источниками и грунтовыми водами, пользование которыми новый закон приравнивает к другим текущим водам, ограничивая и здесь права землевладельцев. Третья—о взаимоотношениях частного и публичного права, в смысле расширения сферы влияния последнего и компетенций административных органов. Четвертая—о порядке выдачи разрешений на сооружения, предпринимаемые на публичных водах—преследует цели

³⁸⁾ См. статистические сведения, приведенные у Schenkel'я стр. 6-12 и у Wiener'a в его комментариях к Баденскому закону 1913 г. стр. 13-39.

³⁹⁾ Wiener о. с. стр. 7-13.

более широкого учета различных последствий предпринимаемых сооружений, для обеспечения всех заслуживающих защиты интересов.

В основе закона лежит, попрежнему, деление вод на публичные, принадлежащие государству, и естественные (не искусственные) водные течения, не об'явленные публичными и принадлежащие общинам (французское *domaine public communal*). Каждая из этих двух категорий обнимает и все притоки.

1. Классификация вод и права на них.

Перечень публичных вод опубликован в официальных органах. В него вошли те озера и реки, которые служат судоходству и нуждам общего пользования, производящегося под надзором власти (§ 15). Для других целей эти воды могут быть использованы не иначе, как в силу специального акта пожалования (концессии) или с разрешения властей в порядке, установленном водным законом.

Что касается вод второй категории (естественных текучих вод, не причисленных к публичным), то, хотя они и об'явлены собственностью общин, но закон (§ 17) предоставляет их в пользование не только прибрежных владельцев, но и других землевладельцев (*Hinterlieger*), если последние, по положению их участков и фактическим условиям, могут целесообразно использовать эти воды для своих домашних и хозяйственных (земледельческих и промышленных) целей. Все другие виды пользования допускаются лишь с разрешения (§ 40), при чем государство и общины имеют преимущество перед другими соискателями (§ 42 п. 3).

В редакции закона 1913 года достаточно ясно выражена мысль, что и непубличные воды представляют из себя исключительно важное для всего хозяйства благо, распоряжение которым должно соответствовать общим нуждам и не может принадлежать частным лицам, как исключительное или бесконтрольное право. Хотя естественные преимущества некоторой категории землевладельцев и сохраняются, но они ограничиваются в объеме, благодаря помещению в законе перечня нужд, для которых они могут использовать свои преимущества, не испрашивая разрешения.

Уменьшение прав прибрежных владельцев идет в пользу не общин, номинального собственника „непубличных“ вод, а в пользу расширения административных прав государства. Община именуется в Баденском законе собственником вод только для того, чтобы было формальное основание возложить на нее некоторые тяготы по содержанию вод, и, если община не является сама владельцем земель, для нужд которых используются воды, то единственную реальную выгодою для нее остается право рыбной ловли.

Собственность частных лиц на воды Баденский закон знает только в отношении замкнутых вод (§ 4): озер, прудов и садков, колодцев, цистерн и источников, подземных искусственно выводимых наружу и грунтовых вод. Кроме того, искусственные водные течения, не объявленные публичными, как-то: каналы, рвы и, соответственно, над- и подземные водопроводы принадлежат тем, кто приобрел на них, на основании сделок или других юридических оснований, право собственности или пользования (§ 3).

Рассмотрим-же в отдельности, как определяет закон право собственности на каждую из трех категорий „вод“.

Хорошо осведомленный в истории водного закона 1899 г., участник его составления, руководитель практического применения и комментатор, Шенкель, указывает⁴⁰⁾, что в проекте собственности государства на публичные воды, под влиянием французской юриспруденции и доктрины О. Майера, была названа „публично-правовою“⁴¹⁾ Государство может, впрочем, обладать водами и на общих основаниях (как в Баварии). Его права не отличаются тогда от прав других собственников. Но, собственность на публичные воды имеет ряд существенных особенностей: она основывается непосредственно на законе, а не на каком-либо другом титуле (§ 1), она не может быть отчуждаема и обременяема (§ 5), она ограничена определенным целеназначением (общее пользование, преимущественно судоходство и сплав) и, наконец, споры о публичных водах, не исключая споров о праве собственности на них, подлежат компетенции административных лиц (§ 118 по закону 1913 г.). Все эти признаки, соответствующие теории публично-правовой собственности (см. выше гл. V), показывают, насколько прав Шенкель, когда говорит о влиянии этой теории на Баденских законодателей.

Предметом собственности государства, по объяснению Шенкеля, являются воды в целом, т. е. земля, покрытая текучею водою. Но это не следует понимать, как собственность на самую воду. Составителям закона это казалось настолько ясным, что они не сочли нужным особо это отмечать⁴²⁾. Не может быть, вследствие этого, и кражи воды, как это следовало-бы признать, при ином понимании права на воды⁴³⁾.

Иначе обстоит вопрос с собственностью государства на замкнутые воды (§ 4). „Здесь, говорит официальный доклад палаты, собственность, признаваемая за государством, исключительно частная, а права и обязанности, из нее проистекающие, принадлежат государству в той-же

⁴⁰⁾ О. с. стр. 103.

⁴¹⁾ Что не закрывает возможности трактовать эту собственность иначе, исходя из общих теоретических посылок (ср. гл. V, 2) и анализа самого закона.

⁴²⁾ О. с. стр. 105.

⁴³⁾ О. с. стр. 37, 94—95.

степени, как если-бы они возникали, на основании права собственности, для каждого частного лица" ⁴⁴⁾).

Противопоставляя публично-правовую и частно-правовую собственность государства на воды, закон сближает, однако, ту и другую в том отношении, что права государства и в том и в другом случае вносятся в вотчинные книги, а использование вод для побочных целей, напр., для орошения или для получения водной энергии, установление подобных прав в пользу третьих лиц, распоряжение руслом и вытекающие из него последствия в виде различных полномочий по исправлению течения рек и пр.—признаются за государством в отношении обеих категорий вод, поскольку не существует каких-либо специальных ограничительных постановлений ⁴⁵⁾.

Что касается собственности общин на текущие воды, не включенные в категорию публичных, то она обосновывается в мотивах следующим образом. Общины издревле пользовались различными преимуществами в отношении протекавших в их пределах вод, напр., правом рыбной ловли, и осуществляли различные обязанности, напр., санитарного характера. В виду того, что признание русла некоторых рек вещью никому не принадлежащую (*res nullius*) представлялось крайне нежелательным с точки зрения общей системы поземельно-правовых отношений, находящих себе ясное отображение в вотчинных книгах, и в виду неудобства закрепления прав на русло этих рек за отдельными частными лицами, так как претендентов было-бы слишком много, признано было наиболее удобным установить публично-правовую собственность общин на эти реки.

Право собственности общин, как его определил закон, представляется Шенкелю имеющим субсидиарное значение. Принадлежащие общинам воды должны обслуживать в первую очередь нужды общего пользования, а затем в широком объеме обслуживать хозяйственные нужды владельцев прилегающих земель (прибрежных и забрежных). Собственность общин проявляется в том, что для нее открывается особая запись в вотчинных книгах и община считается управомоченной на все те виды распоряжения и пользования водами, какие не противоречат и не исчерпываются существующими правами общего пользования и правами землевладельцев водного бассейна.

Собственность общин, по идее составителей закона, публично-правовая, как и собственность государства, а потому к ней применимо и все то, что только-что говорилось о последней. Из публично-правовой собственности общин на естественные водные течения можно вывести все те правомочия, какие принадлежат земельным собственникам. Общи-

⁴⁴⁾ О. с. стр. 183.

⁴⁵⁾ О. с. стр. 104, 256—258.

на может дать другое течение реке, в интересах исправления русла, может заявить возражение против устройства сооружений, предполагаемых вне ее пределов, для использования силы водного течения, может защищать свою собственность от неправомерных посягательств третьих лиц⁴⁶⁾.

Только в последнюю очередь, если удовлетворены или остаются неиспользованными права прибрежных и забрежных владельцев, община обладала, по закону 1899 г., также правом, непосредственно или посредством сдачи в аренду, использовать самое водное течение. Закон же 1913 г. отменил и это условное право общины и теперь община, будучи собственником непубличных вод, не имеет права пользования ими, если только она не обладает землями вне русла⁴⁷⁾.

При таком положении правильнее, с нашей точки зрения (см. гл. V), считать общину собственником только русла, а не собственником „вод“, так как никаких практических последствий расширение объекта собственности не дает (потенциал не охватывает текущую воду).

Наконец, на воды третьей категории (искусственные и замкнутые), баденский закон признает собственность частных лиц.

Искусственные воды принадлежат тем, кто приобрел право на основе частной сделки или других специальных оснований (давность), а если таких прав доказать нельзя, то — общине (§ 3). Замкнутые же воды рассматриваются законом, как *portio fundi*, составная часть земле-владения (§ 4).

Особенностью права на замкнутые воды является то, что здесь объектом собственности считается не только ложе, но и вода. Землевладелец, если он не ограничен в своих правах постановлениями закона (напр., о злоупотреблении правом § 226 B. G. B.) или правами третьих лиц (напр., сервитутами), может распоряжаться водою во всех отношениях, в частности потребляя ее и выводя из русла⁴⁸⁾. Здесь право собственности на воды обнимает, таким образом, и воду, как таковую, в то время, как в отношении других вод право собственности имеет объектом землю, покрытую текучею водою, но не самую воду.

Постановления баденского закона о земельных правоотношениях заключают в себе обычные для водных законов нормы.

Так как воды (т. е. ложе, покрытое текучею водою), как видно из изложенного, могут принадлежать не тем лицам, которым принадлежат прилегающие к ним земли, то Баденский закон установил, по примеру других, разграничение территориальной сферы обладания, приспособляясь к изменчивости ложа текучей воды. Согласно § 6, такой гра-

⁴⁶⁾ О. с. стр. 123-129; 161 и 165.

⁴⁷⁾ Ср. Schenkel стр. 129-130; Wiener стр. 44.

⁴⁸⁾ Schenkel Стр. 169.

ницею установлена для сомнительных случаев нормальная линия среднего уровня воды. „Где кончаются воды, начинается берег“ говорит Шенкель⁴⁹⁾.

Но, закон не может этим ограничиться, в виду возможности полного изменения профиля водного течения при оставлении или существенном изменении русла, а также благодаря образованию острова, намыву или отрыву водою земли, и дальше следуют, поэтому, некоторые дополнительные постановления.

Баварский закон, признающий собственность государства на публичные реки и сохраняющий за береговыми владельцами этих рек только права собственности на берега, последовательно объявляет собственностью государства, и острова, образовавшиеся в публичных реках, если только не существует особых обычаев или особых правовых отношений, иначе определяющих права на вновь возникший остров. Что-же касается острова в частной реке, то он принадлежит собственнику того берега, на стороне которого образовался остров, а если он заходит за середину реки, то—собственникам противолежащих прибрежных участков по линии середины реки (ст. ст. 13, 21, 22).

Баденский закон, объявивший реки собственностью государства и общин, кратко определяет, что острова принадлежат собственникам вод, в границах их владений (§ 7 п. 2).

Относительно островов, возникающих вследствие возведения искусственных сооружений, определяется, что такие острова переходят в собственность (эвентуально сособственность) предпринимателей (§ 8).

Что касается приращений, то Баденский закон безоговорочно признает их собственностью прибрежных владельцев, если приращения возникли естественно (§ 7), и собственностью предпринимателей, если приращения возникли вследствие возведения искусственных сооружений (§ 8), независимо от того, идет ли речь о публичных или непубличных водах⁵⁰⁾.

Таким образом, Баденский закон не дает в этом вопросе чего-либо нового. Признавая право собственника береговой полосы, к которой водное течение принесло оторванную от другого участка землю, на приобретение этой последней, Баденский закон, по примеру других водных законов, уполномочивает все-же прежнего собственника в течение года требовать возвращения ему унесенной земли (§ 10). Разумеется, практическое применение этого права на реституцию ограничивается случаем значительного интереса, то-есть когда речь идет о большом куске земли, так как в противном случае приставшая земля может быть рассматриваема, как намыв (*alluvio*) и трудно отграни-

⁴⁹⁾ О. с. стр. 187.

⁵⁰⁾ Ср. Бар. зак. ст. 10.

чить приставшую землю от основных владений. Закон же ставит условием возвращения именно возможность отграничения прироста.

При перемене рекою ее ложа, если заинтересованные лица не предпринимают мер для возвращения реки в прежнее русло, новое — переходит в собственность тех, кому принадлежит река (государству, общинам). Оставленное же русло переходит в собственность тех, на ком лежит обязанность содержания реки в надлежащем виде, но, со ответственно соотношению ценности высохшего русла и ценности вновь занятой земли, они обязаны возместить убытки тех собственников, которые теряют земли, отходящие под новое русло (§ 9).

Характеризуя общим образом земельные права, связанные с владением реками, по Баденскому закону, можно сказать, что он придерживается принципа справедливого распределения их между прибрежными владельцами. Постановления, относящиеся к земельному вопросу, общи для всех категорий вод.

В отношении пользования водами закон ставит на первое место выгоду того или другого вида пользования для народного хозяйства, а потому интересы прибрежных владельцев отодвигаются здесь на второй план.

2. Пользование водами.

Общие постановления о водопользовании в Баденском законе (§ § 11 14) содержат несколько основных принципов: никто не может изменять течения воды во вред ниже или выше лежащему участку; общее пользование водами для мелких домашних и хозяйственных нужд принадлежит всем, кто может осуществлять его, не нарушая прав землевладельцев; каждый может пользоваться водою в случаях крайней необходимости и, наконец, пользоваться водою необходимо так, чтоб и другие управомоченные могли наилучшим образом использовать воду для нужд своих участков.

Из этих основных начал, особенно последнего, видно, что Баденский закон проводит тенденцию обобществления вод. Вода предназначается для всех. Собственник русла, покрытого текучею водою, имеет лишь некоторые естественные преимущества в пользовании водою, но пользование это ограничено правами других лиц. Государство распределяет воды, сообразно общественным (народно-хозяйственным) интересам. Один управомоченный должен считаться с интересами другого. Здесь недостаточно субъективной теории злоупотребления правом и водный закон, не довольствуясь § 226 В. Г. В., устанавливает пределы использования права на основе специального об'ек-

тивного критерия, („так, чтоб и другие могли извлечь наибольшую выгоду из пользования водою“ § 14 п. 1).

Не признавая текущую воду объектом собственности, водные законы могут, однако, предоставлять прибрежным собственникам или собственнику русла преимущества и широкие возможности исключительного пользования и присвоения. Баденский закон не только не признает воду объектом частной собственности, но отрицает и преимущества прибрежных владельцев, проводя социализацию вод. Право пользования водою дается законом, а не приобретается частно-правовыми актами (за исключением вод искусственных и замкнутых). Право общего пользования водою, как оно определяется Баденским законом, носит характер субъективного публичного права, которое может быть ограничено властью и является относительным и подконтрольным.

Детальные правила пользования водами установлены в законе отдельно для публичных и непубличных вод.

Публичные воды предназначены служить путями сообщения и для прочих видов общего пользования. Другие виды пользования, выходящие за пределы общего пользования, допускаются не иначе, как по особому акту пожалования или с согласия власти.

Свободно допускаются такие виды общего пользования, как мытье, купание, питье, плавание и пользование для других подобного рода нужд, как равно пользование самою водою для домашних и хозяйственных надобностей и спуск безвредных отработанных в домашнем сельском или мелком промышленном хозяйстве вод (§ 12). Вмешательство власти допускается здесь лишь в целях общего урегулирования пользования и предупреждения вреда для государственных интересов, судходства или для существующих прав на пользование (там-же п. п. 2 и 3).

Что-же касается общего пользования принадлежащим государству руслом публичных вод, льдом, песком, гравием, илом, камнями, растениями и другими твердыми веществами, то это допускается не иначе, как по получении надлежащего разрешения, которое дается на известный срок и за которое может быть взимаемо вознаграждение (§ 16).

Наиболее интересна в Баденском законе постановка вопроса о пользовании текущими водами, не относящимися к разряду публичных. В этом отношении закон 1913 г. произвел некоторые изменения, по сравнению с законом 1899 г. Последний уполномочивал соответствующие административные органы входить в рассмотрение вопроса о целесообразности допущения того или иного вида пользования с точки зрения общего хозяйства, о необходимом объеме этого пользования и о преимуществах одного претендента перед другим с

точки зрения государственных и народно-хозяйственных интересов. Но это полномочие административных органов касалось только публичных вод.

Пользование „непубличными“ водами в принципе считалось правом землевладельцев водного бассейна и, затем, общин, поскольку первые не использовали своего права.

Расширяя круг лиц, уполномоченных на пользование текущими водами, Баденский закон следует примеру тех стран (ирригационного хозяйства), где уже давно право на воду понимается, как принадлежность права на землю. Действительно, по Баденскому закону, все землевладельцы водного бассейна, участки которых, по их положению, свойствам и назначению, могут целесообразно использовать воду, имеют право на нее на равных основаниях с прибрежными владельцами (§ 17). Каждый отдельный водопользователь осуществляет свое право, как участник общей группы пользователей, состоящей из всех землевладельцев гидрографического округа. Если воды не хватает, то право каждого должно быть соответствующим образом ограничено⁵¹⁾.

Отсюда истекает неотчуждаемость права пользования водою лицам, не являющимся землевладельцами гидрографического округа, и недействительность сделок о передаче права одного землевладельца другому. Право на пользование водою закон относит (§ 113) к публичным правам, которые, как известно, непереносимы и неотчуждаемы. Единственно, что допускается,—это уступка пользования, которая не создает передачи права.

Такова та общая регулировка прав пользования водою непубличных рек, которая была проведена еще в законе 1899 года. Новый закон 1913 г. внес сюда еще некоторые существенные изменения.

Права прибрежных и забрежных владельцев измеряются потребностью принадлежащих им участков и широкое пользование водой возможно лишь при редко достигавшемся на практике объединении пользователей в порядке частного договора. Небольшое практическое значение представляет право общин использовать воды, если этого не делали землевладельцы. Это право, осуществление которого связывается с территорией общины, технически не всегда может быть использовано. Закон 1899 года не давал никакого основания отказывать землевладельцам в праве устраивать приспособления для водопользования, хотя-бы они и казались нехозяйственными и нецелесообразными. При конкуренции-же нескольких претендентов нельзя было руководствоваться соображениями о большей полезности или выгодности предприятия с народно-хозяйственной или общественной точки зрения. Таким образом, пересмотр оснований, на которых было построено пользование водами,

⁵¹⁾ Schenkel. Стр. 262-263.

представляется совершенно необходимым. Развитие водного хозяйства особенно выдвинуло вопрос о вододействующих сооружениях и об использовании водной энергии. Правильная постановка дела может быть достигнута в этой области только в том случае, если предприятия строятся со строгим хозяйственным расчетом и планомерностью. Достигнуть этого возможно лишь при широких полномочиях со стороны водной администрации.

Закон 1913 г. сохранил, как мы видели, различие между публичными водами и непубличными. По-прежнему последние остались собственностью общин, но что касается прав прибрежных и забрежных владельцев на пользование водами этих рек, то оно сохранено в прежнем виде лишь в отношении пользования водою для домашних и хозяйственных надобностей. Если-бы эти владельцы пожелали воспользоваться водами рек путем вывода их, устройства плотин или вододействующих сооружений, для спуска жидких или твердых веществ, то, по новому закону, они должны испросить на это особое правоустанавливающее разрешение (*Verleihung*). Разрешение дается по усмотрению власти, как это имело место раньше, только в тех случаях, когда испрашивалось право на особый вид пользования публичными водами. Когда ранее нужна была только санкция, утверждение власти (*Genehmigung*) теперь требуется уже установление права (*Verleihung*). Полученное в таком порядке право является отменным. Если этого потребуют государственные интересы, разрешение может быть взято обратно. По общему правилу в последнем случае предпринимателю выдается вознаграждение, но он может быть лишен вознаграждения, если было заранее выговорено, что концессия может быть взята обратно без вознаграждения или если отмена произошла по вине концессионера, вследствие невыполнения им, в значительной части, разрешенного сооружения или вследствие такого изменения условий, при котором данное право утратило практическое значение (§ 47).

Изложенное свидетельствует, что новый Баденский закон существенно расширил полномочия власти. В основе его лежит мысль, что и непубличные воды являются благом, предназначенным для служения общим нуждам, (*Gemeingut Aller*), а потому власть должна обладать правом обеспечить использование вод наиболее совершенным образом и для наиболее важных хозяйственных нужд. Государство может или само устроить соответствующие предприятия для использования вод или передать это право частным лицам путем пожалования, т. е. особым актом правоустанавливающего характера. Этот акт нельзя рассматривать, как распоряжение правом, которое принадлежит государству и которое оно не желает использовать само в своих интересах, подоб-

но регалии. „Эго подлинный акт верховной государственной власти“⁵²⁾.

Интересно отметить, что постановления закона о пожаловании имеют общее значение, распространяясь и на публичные воды, так что государство, как собственник публичных вод, должно испрашивать у себя-же, как носителя суверенитета, разрешение на устройство различных сооружений по пользованию водами.

Это, конечно, не имеет практического значения, как в виду того, что закон предоставляет всегда государству (§ 42 п. 3) преимущество при конкуренции соискателей, так и потому, что организация предприятий государства производится всегда с учетом хозяйственных интересов в широком масштабе. Но здесь можно усмотреть некоторое различие в точках зрения законодателя на государство, как собственника вод, и на государство, как орган верховного распоряжения водами, что дает лишнее основание распространить частно-правовую конструкцию собственности и на Баденский водный закон.

Однако, более важно и более характерно для Баденского закона проведенное в нем сближение в условиях пользования публичными и непубличными водами. Границы между этими двумя категориями действительно почти стерты и государству предоставлена широкая власть поддерживать и направлять водное хозяйство таким образом, чтобы содействовать широкому развитию производительных и промышленных сил страны.

Баденский законодатель не решился совершенно уничтожить права прибрежных владельцев и сосредоточить все права на естественно-текущие воды в руках государства. Права, возникшие при действии прежнего закона, в силу фактически сложившегося пользования, сохранены в силе новым законом (ср. § 19) и также, как и в законе 1899 г., новелла 1913 г. говорит (§ 118 п. 6) о рассмотрении споров относительно существования и объема прав прибрежных и забрежных владельцев. Однако, как мы видели, права прибрежных владельцев подверглись новому значительному сокращению и видоизменению. Прибрежный владелец имеет по закону 1913 г. право пользования лишь для мелких хозяйственных надобностей, а в остальном ему принадлежит субъективное публичное право по отношению к административным властям на пожалование других видов пользования. Насколько публично-правовой характер этого правопользования преобладает над частно-правовым видно из того, что закон не признает права при- и забрежных владельцев на вознаграждение, когда власть пожалует третьим лицам или одобрит предприятие в публичных водах, устройство которого фактически ограничивает возможности пользования землевладельцев водного бас-

⁵²⁾ Wiener стр. 95.

сейна. Закон, очевидно, желал устранить излишние затруднения для возникновения полезных предприятий, какие существовали-бы при необходимости вознаграждения за трудно учитываемые убытки при- и забрежных владельцев, и только в том случае, если эти убытки очевидны, когда, следовательно, ограничивается уже фактически существующее пользование или устраняется уже существующее приспособление, закон дает заинтересованным владельцам право на вознаграждение (§ 19).

Закрепив, таким образом, право на извлечение всех выгод, какие уже фактически получались, закон во всем остальном подчинил частные интересы лиц, имевших исключительные или преимущественные права на пользование непубличными водами, интересам общественным и, следовательно, поставил пользование водами в зависимость от разрешения, в связи с общим планом водного хозяйства. У прибрежных собственников непубличных вод осталось, в частности, право (§ 20) на пользование твердыми веществами из русла реки (песок, гравий, ил и т. д., не исключая золотого песка), что, как уже указывалось, на публичных водах допускается только с разрешения. Здесь пользование прибрежных владельцев, как одно из преимуществ их положения, не сталкивается с правами других лиц и не может нарушать или препятствовать осуществлению каких-либо крупных общественно-полезных предприятий, а потому не было оснований для дополнительных ограничений, так как закон уничтожил частные права лишь для того, чтоб расчистить поле государственным и частным предприятиям крупного масштаба и широкого значения.

На пути развития водного хозяйства в его современной постановке могли, конечно, стоять не только частные права и интересы, но и права общин, которые по закону 1899 г. имели субсидиарное право пользования, когда не пользовались частные владельцы. Новый закон бесследно уничтожил это преимущество общин (в законе 1899 г. определявшееся в § 18). Общины утратили ныне свои преимущества и, за их счет, расширены полномочия правительственной власти. Общины сохранили лишь те права, какие принадлежат всем собственникам, если они владеют землями, прилежащими к непубличным рекам. Право собственности общин на непубличные воды осталось только номинальным.

Отдельно от других разрешается в Баденском законе вопрос об искусственных водах (каналах и различного вида отводах как надземных, так и грунтовых вод). Выведены ли они из публичных (государственных) или непубличных (общинных) вод, они не составляют публично-правовой собственности и на них не распространяются законом признанные права пользователей водного бассейна (прибрежных и забрежных владельцев). Во всех случаях они подчиняются частному обороту, могут быть собственностью частных лиц на основе частных

сделок и находиться в пользовании тех лиц, которые приобрели соответствующие права § 3)⁵³⁾.

Права пользования искусственными водами, по идее составителей закона, представляют вещное право *sui generis*. Они не подходят под установленные законом (§ 1019 и §§ 1090-1092 В. Г. В.) типы реальных и личных сервитутов, либо в силу отсутствия необходимого при реальном сервитуте „господствующего“ участка, либо в виду недопустимой при личном сервитуте переносимости права. Своеобразие этих прав усиливается тем, что к ним не приложимо старинное римское правило: *Servitus servitutis esse non potest*⁵⁴⁾.

Прибрежные владельцы не лишены, конечно, права поскольку это связано с естественною возможностью доступа к воде, пользоваться искусственными водами в тех пределах, в каких закон, вообще, допускает общее пользование (мытье, питье, купание и пр.), а также в случаях крайней необходимости, так как соответствующие постановления закона относятся ко всем категориям вод.

Возможно, что почему-либо права частных лиц (собственников или пользователей) на искусственные воды не смогут быть доказаны, тогда эти воды рассматриваются, как воды общинные (непубличные водные течения).

Остается рассмотреть право пользования замкнутыми водами. Эти воды принадлежат частным лицам и, как указано, на основах частной собственности. Они подлежат свободному распоряжению, но, конечно, с общими ограничениями (недопустимо, напр., на общих основаниях злоупотребление правом). Специальные ограничения внесены законом 1913 г. в отношении пользования источниками и грунтовыми водами. По закону 1899 г. они находились в собственности владельца земли, как *portio fundi*. Собственник земли мог, согласно установившимся понятиям, распоряжаться водою по своему усмотрению, хотя бы от этого и страдали интересы владельцев других участков, с над- и подземными водами которых связаны эти источники. Раз только третьи лица не приобретали каких-либо особых прав на источники, находящиеся в чьей-либо частной собственности, их интересы ничем не были ограждены.

Уже и раньше в отношении как публичных, так и непубличных вод, протекающих через ряд владений, применялся следующий принцип: „пользование водным течением может быть осуществляемо лишь таким образом, чтобы не было причиняемо ущерба существующим правам пользования и собственности на тех-же водах и чтобы совокупности

⁵³⁾ Schenkel стр. 138.

⁵⁴⁾ Schenkel стр. 143-144.

управомоченных было возможно извлечь наибольшую выгоду из вод для их владений“ (§ 14 п. 1).

Согласно этому общему принципу, недопустимо такое пользование водою, которое вызывает затопление или заболачивание чужой земли. Закон 1913 г. прибавил к этому запрещение загрязнять воду к ущербу других. Исходя из того-же принципа, закон требовал, чтобы тот, кто, осуществляя свое право на пользование водою, целиком или частично отводит ее из русла, возвращал-бы обратно неиспользованную воду, чтобы возможно было устранить причинение существенного вреда другим лицам. Управомоченные на пользование обязаны устраивать все приспособления для пользования водою, как-то: плотины и приводящие и отводящие каналы, и пользоваться и содержать их таким образом, чтобы не было бесполезной затраты или бесполезного простоя воды во вред другим.

Эти общие постановления, принятые уже законом 1899 г. и изменявшиеся соответственно к стоячим водам, закон 1913 г. впервые распространил на источники, подземные и грунтовые воды.

Разрешения властей на пользование ключевыми и грунтовыми водами ранее, по общему правилу, не требовалось. Запрещение или ограничение пользования источниками допускалось, по закону 1899 г., только когда могло быть установлено, что предположенный отвод ключевых вод лишит очень значительный круг лиц необходимой для их домашних и хозяйственных надобностей воды, которую нельзя будет получить иначе, как с помощью несоответственно крупных затрат.

Но, использование ключевых вод стало приобретать все большее значение, так-же как и использование рек. Источники используются для снабжения питьевой водой городов и других поселений. Это требовало специального ухода и присмотра за источниками, а также недопущения излишнего, нецелесообразного расхода воды, так как пользование источниками в одном месте отражается на другом. Отвод воды из источника может лишить притока чистой воды в другом, во вред здоровью и нуждам жителей другого района. Не менее вреден может быть и отвод грунтовых вод.

Вот почему окрепло убеждение, что надзору власти должно быть подчинено пользование всеми текучими водами, независимо от размера и от нахождения их на или под землею ⁵⁵⁾.

Закон 1913 г. пошел навстречу новому правосознанию и потребностям. Он распространил и на ключевые и на грунтовые воды все те вышеизложенные постановления, которые ограничивают пользование

⁵⁵⁾ Wiener стр. 8-9.

водою непубличных рек в интересах выше и ниже лежащих пользователей (§ 14 п. 5) и обязал лиц, пользующихся водою источников и грунтовыми водами, сообщать подлежащим властям фактические данные об их пользовании (§ 24 п. 6).

Собственники участков, на которых находятся источники или обнаружены грунтовые воды, сохраняют и по новому закону некоторые права пользования, но эти права ограничены обслуживанием различных мелких домашних и хозяйственных нужд и преходящих целей, как, напр., для садоводства, винокурения, на бойне, в гостиницах⁵⁶⁾. Собственник может обслуживать таким же образом, не нуждаясь в разрешении, нужды небольшой группы своих соседей (§ 22). Но, если он вздумает пользоваться водою для других целей, то он подчиняется уже ограничительным положениям закона: прежде всего тем, которые, в интересах других пользователей, не допускают пользования, причиняющего ущерб другим лицам, а затем и предписаниям, устанавливающим разрешительную систему, подчиняющим пользование контролю и руководству органов власти и, следовательно, ставящим его в зависимость от соображений общего блага, по которым (§ 41) это пользование может и не быть допущено⁵⁷⁾.

Власти не в праве отказать лишь такому предприятию, которое преследует цели водоснабжения большого района и когда польза такого предприятия явно превышает ущерб, причиняемый отдельным лицам. В таких случаях большие общепользные предприятия получают преимущества (§ 53), при условии возмещения заинтересованным лицам причиненного им ущерба. При коллизии интересов происходит оценка их в особом процессуальном порядке в административном суде, причем и здесь, во избежание задержки в осуществлении полезных предприятий, закон управомочивает разрешать их открытие, с тем что рассмотрение притязаний и возмещение вреда может произойти и после.

Как уже указано, закон не упускает из внимания и такие случаи, когда данное уже разрешение должно быть взято обратно или ограничено, если того требуют общественные интересы (§ 47). Вознаграждение не выдается, если истекло уже более 30 лет с тех пор, как те лица, в пользу которых устанавливаются ограничения, пользовались непрерывно источниками или грунтовыми водами, при чем не представляется существенным, сами ли они пользовались в течение этого срока или, по совокупности (*accessio temporis*), они и их предшественники (§ 56 п. 3).

⁵⁶⁾ Wiener стр. 77.

⁵⁷⁾ Ср. ст. 19 Баварского закона и § 40 Саксонского.

В связи с характерною для Баденского закона тенденцией к обобществлению вод, заслуживает внимания § 21, устанавливающий систему водных пределов (Wasserverteilung). Идея этого постановления — согласование интересов группы водопользователей, объединяемых фактическими условиями (единством источника, местоположением). Это согласование может быть достигнуто лучше всего добровольно, в порядке договорном. Договор заключается в письменной форме и определяет способ, объем и время (очередь) пользования, при чем это соглашение становится обязательным и для правопреемников (один из случаев нормоустанавливающей силы частных актов). Если наличие соглашения не может быть доказано, но известный порядок установился фактически, то закон, прибегая к фикции, придает фактическому порядку характер договорного, при условии, что истекло десять лет существования внешне распознаваемого устройства для водопользования. Если соглашение существует, но заключено без указания срока, то оно может быть расторгнуто посредством соответствующего извещения.

Пока существует известный порядок, координирующий интересы водопользователей, административной власти нет надобности вмешиваться в существующие отношения. Когда же он отсутствует, то его должна установить власть. Закон предписывает власти выслушать заинтересованные стороны и определить потребности наделяемых участков, соответственно их положению, свойствам и назначению. Когда воды не хватает для удовлетворения всех заявленных потребностей, то преимущество предоставляется прежде всего прибрежным владельцам, затем собственникам особых приспособлений для пользования и, наконец, тем, чье пользование по местным условиям или в данное время имеет особо важное хозяйственное значение.

При исключительно низком уровне воды, когда может создаться коллизия интересов вододействующих заведений и поливных хозяйств, власти могут отдать преимущество последним, если ущерб, который они иначе потерпят, превышает тот, который причиняется владельцам вододействующих сооружений, лишаящихся воды в случае передачи их доли землевладельцам. Возмещение имеет здесь место лишь в тех случаях, когда этого требует справедливость.

3. Принудительные постановления.

В водном праве играют очень важную роль постановления, возлагающие на собственников вод, береговых владельцев и пользователей обязательства в пользу других лиц. В некоторых случаях закон устанавливает в пользу третьих лиц „легальные сервитуты“, т. е. основанные на законе ограниченные права пользования чужою вещью, в дру-

гих—это подлинные обязательства управомоченных на пользование водою лиц, т. е. обязанности к совершению некоторых действий в пользу третьих лиц; наконец, принудительные постановления заключают в себе и другие ограничения управомоченных лиц, как, напр., обязательство допускать к соучастию в пользовании.

Баденский закон посвящает этим принудительным постановлениям целую главу (§§ 25-39), наглядно объединяя все те разнообразные по природе обязанности управомоченных на водопользование лиц, какие в настоящее время связаны с осуществлением прав на воды.

На первом месте стоит обязательство допускать бечевник и содержать его. Это обязательство относится только к владельцам участков, прилегающих к публичным водам. Все береговые владельцы, независимо от того, к какой категории относятся воды, обязаны освобождать береговые участки от всего, что препятствует правильному стоку вод (в частности, напр., от деревьев) и допускать на свои земли тех, на ком лежит обязанность очистки. Но, зато, в интересах береговых владельцев, закон 1913 г. устанавливает право их убрать, за счет обязанных лиц, вырытую землю, если она дольше положенного времени оставляется на берегу, и требовать возмещения ущерба, причиненного несвоевременною уборкою.

На береговых участках должны быть допускаемы те сооружения, которые необходимы для укрепления берегов и, в связи с этим, складывание необходимых материалов и добывание из реки песка, гравия и пр. Причиняемый при этом ущерб возмещается владельцу лишь в случае, если этот ущерб не покрывается выгодами, связанными с выполняемыми работами.

Владельцы устройств по водопользованию, в частности, плотин, обязаны подчиняться временным ограничениям, связанным с работами по содержанию вод в порядке. Если они принуждаются при этом к приостановке водопользования, то могут требовать возмещения со стороны тех из лиц, обязанных к содержанию вод, чьей небрежностью вызвана необходимость или замедление производимых работ.

На собственника, к владениям которого относятся естественно возникающие намыв или остров, может быть возложена обязанность полностью или частично предоставить их для общего пользования или для работ по укреплению берегов, поскольку это необходимо в интересах государственных или для осуществления определенного вида пользования водою. Те, в чьих интересах принимается такая мера, обязаны возместить возникающий при этом ущерб.

Это постановление примыкает к группе других, которые имеют целью облегчить осуществление полезных предприятий. Так, напр., если для достижения хозяйственных или санитарных целей необходимо про-

пустить воду по земле других лиц или укрепить или изменить существующий сток вод, то заинтересованный собственник может требовать, чтобы ему разрешено было провести искусственное ложе по чужим землям и поставить необходимые при этом устройства. Собственники служебных участков управомочены, конечно, на получение вознаграждения и, кроме того, в праве требовать, чтобы канал и другие устройства были расположены там, где это причинит им наименьший ущерб. Эти постановления применяются и в тех случаях, когда требуется проведение воды через чужую землю для орошения или пользование чужою землею и ложем реки для устройства плотины и связанных с пользованием ею сооружений и устройств.

Интересное в хозяйственном и юридическом смысле ограничение собственности представляет обязанность допускать к соучастию в содержании и пользовании уже существующими плотинами (§ 33), в тех случаях, когда удовлетворение хозяйственных и домашних надобностей в воде достижимо наиболее целесообразно лишь при сопользовании уже существующими и принадлежащими другим устройствами. Конечно, это соучастие в пользовании не допускается, если оно слишком затрудняет существующее пользование или причиняет собственнику ущерб, превышающий выгоду, какую может получить сопользователь. С юридической точки зрения мы видим здесь не только принудительно устанавливаемое пользование чужою вещью, но и принудительное соучастие в управлении. Пользование предоставляется не за определенное вознаграждение, а на условиях соучастия в расходах, т. е. совместного управления и совместной эксплуатации (упрощенный вид принудительного товарищества. Ср. § 151 Сакс. закона о соучастии в пользовании устройствами для орошения и осушения).

Такого-же характера — постановление о принудительном допущении к переделке, улучшению или перенесению вододействующих сооружений и плотин (§ 34), когда предприниматель доказывает возможность получить, благодаря проектируемым работам, водные излишки, необходимые в интересах сельского хозяйства или промышленности. Наконец, когда этого требуют государственные интересы или важные интересы сельского хозяйства или промышленности, собственники земель или вод обязаны предоставить их под каналы, выводящие или отводящие воды, или для устройства и содержания соответствующих приспособлений. В тех случаях, когда таким образом сооружается предприятие по использованию водной энергии и новое предприятие полностью или частично лишает энергии другое уже существующее, то допускается возмещение не только деньгами, но и отпуском энергии.

Те собственники, чьи земли или воды теряют ценность, вследствие различных ограничений в правах пользования и обязанностей,

которые возлагаются на них, в связи с осуществлением предприятий другими лицами, имеют право требовать, чтобы от них была целиком или частью приобретена их собственность (§ 36, ср. ст. 155 Бав. зак.).

4. Подсудность споров о водопользовании.

При рассмотрении проекта Баденского закона, было обращено внимание на желательность расширения компетенции административного суда в вопросах водопользования. Специальный характер отношений и подчиненность всех правоотношений публично-правовым принципам способствовали успеху этой мысли.

Поскольку Баденский законодатель признал, что воды составляют общественное достояние, распоряжение которым не может быть предоставлено отдельным лицам в виде исключительных прав, он тем самым обосновал допущение действий административной власти даже там, где признаются частные права. Этим достигается возможность обеспечить наиболее интенсивное, всестороннее, справедливое в отношении интересов отдельных лиц и ограниченное в интересах других использование водных ресурсов. Вместе с тем, только администрация обладает возможностью установить при разрешении дела, обязательные для всех соучастников в пользовании начала. Суд этого не может сделать по своей инициативе.

Поэтому, компетенцию административных органов в водных делах Баденский закон определил очень широко.

Баденский закон признал „приобретенные“ частные права на воду, существование которых основывается на надлежащих частно-правовых титулах, хотя-бы по новому закону такие права уже не могли возникать. Но, признавая за теми правами пользования, которые существуют на основании закона 1913 г., публично-правовой характер, законодатель подчиняет новым правилам и ранее возникшие отношения (§ 113)⁵⁸⁾.

Помимо того, новый закон, расширив компетенцию административных судов на отношения, возникшие до его издания и носившие вполне частно-правовой характер, предоставил этим судам разрешить вопросы не только о способе, объеме и сроках (очередях) пользования, как это было по закону 1899 г., но и споры относительно „постоянства и непоколебимости“ прав на пользование водою:

Подлежащим административным органам предоставляется разрешать споры относительно непоколебимости (Gestand) и объема прав прибрежных и забрежных владельцев, а также прав на пользование водою, основывающихся на пожаловании или разрешении со стороны

⁵⁸⁾ Ср. Вюртембергский закон ст. 1 ч. 3.

государственной власти, а равно приобретенных до издания закона в порядке частно-правовых сделок (§ 118 п 6°).

Новый закон из'ял из компетенции общих судов и большую часть претензий о возмещении (§ 121). Даже для тех случаев, когда спор о возмещении убытков или о присуждении вознаграждения, подлежит рассмотрению в общих судах, закон предусматривает передачу дела, по соглашению сторон, административным органам, в качестве третейского суда. Этим подчеркивается большая компетентность соответствующих административных органов в водных делах. Но, закон хочет подчеркнуть этим также публично-правовой характер прав на пользование водою, конструируемых им, как субъективные публичные права. Пожалование, как его понимали составители Баденского закона 1913 г., создает не частное, а публичное право. Права общего пользования, принадлежащие всем и каждому, законодатель считал тоже публичными правами, вытекающими из права гражданства⁵⁹).

Отнесение споров, вытекающих из водопользования, к компетенции специальных судов, хотя-бы то были и административные органы, не служит, однако, само по себе доказательством публично-правового характера правоотношений.

Собственность на публичные воды, принадлежащая государству, открывает последнему возможность устраивать предприятия, обслуживающие общественные интересы и выгодные для фиска. Недаром, Баденский закон требует, чтобы и на устройство государственных предприятий испрашивался акт пожалования. Лишена частно-правовых признаков только собственность общин, но она чисто номинальная и сохранилась по недоразумению, в виду того, что законодатель не решился расширить категорию публичных вод, хотя, по существу, и стремился к этому.

Баденский закон, несмотря на публицистические стремления его составителей, не отрицает и сам существования частных прав на воду (служебности, установленные еще до вступления в силу закона 1913 г., договора арендного характера, права собственности на естественно выведенные воды). К этим правам, поскольку специальный закон не установил для них особых правил, применяются постановления Германского гражданского уложения (§ 23 водного закона). Рассмотрение споров, относящихся к подобным правам, подлежит компетенции общих судов.

Таким образом, и в Баденском водном законе, самом публицистическом из действующих в Германии современных водных законов,

⁵⁹) Ср. ниже Прусс. закон прим. 74-88 и текст.

сохраняется в достаточной степени частно-правовой элемент и проявляет ся он даже там, где сам закон его не хочет видеть.

В законе ясно проведена мысль, что собственность на „воды“ означает собственность на землю, покрытую текучею водою, и что только вода, как таковая, составляет общее достояние. Поэтому представляется вполне возможною конструкция частно-правовой собственности государства и общин на воды, ограниченной в отношении воды, но предоставляющей государству и общинам все выгоды, какие только могут быть извлекаемы, как при наличии специальных ограничений так и после отмены их. Такая конструкция нисколько не противоречила-бы закону и не уменьшала бы социального характера его постановлений о пользовании текучею водою, как благом, принадлежащим всему обществу и не подлежащим господству частного права.

Равным образом, представляется вполне возможным конструирование права на пользование водою непубличных (общинных) вод, не в виде публичного права, что вовсе не соответствует его природе, а в качестве принадлежности права на землю, откуда, обыкновенно, проистекает запрещение отчуждения права на воду отдельно от права на землю⁶⁰⁾.

⁶⁰⁾ Ср. гл. III Водное право Закавказья и Туркестана.

IV. ПРУССКИЙ ВОДНЫЙ ЗАКОН 1913 Г.

Основные принципы Прусского закона 1913 года. 1. Классификация вод и права на них. Юридическое положение вод каждой категории. Применение принципа собственности. Воды, не входящие в классификацию. Земельные отношения. Пользование вотчинными книгами. 2. Пользование водами. Ограничения прав собственника. Общее пользование. Публично-правовой характер норм, регулирующих общее пользование. Отрицание составителями закона права на общее пользование. Субсидиарность общего пользования. Отсутствие исковой защиты. Критическая оценка взглядов составителей. Различные виды общего пользования. Пользование водами со стороны собственника. Объем и границы. Тенденция возможно большей свободы пользования собственника. Легальные сервитуты. Принудительное сопользование. Особые правила о запрудах. Содержание вод в порядке и меры по предупреждению наводнений. 3. Концессии (*Verleihung*) и примирительный процесс. Право на предоставление концессии. Основания для отказа. Отличие концессии от административного утверждения (*Genehmigung*). Условия отобрания концессии. Укрепление прав собственников посредством концессионного акта. Юридическая природа концессионного права. Примирительный процесс. Согласование интересов и изменение существующих прав. 4. Водные книги. Назначение их и особенности по Вюртембергскому, Баденскому, Саксонскому и Прусскому законодательствам. Сравнение с поземельными книгами. 5. Права на замкнутые и грунтовые воды. Условность ограничений собственника и способы освобождения от них.

Ко времени издания водного закона 1913 г.⁶¹⁾ Пруссия насчитывала 80 отдельных законоположений, регулировавших различные вопросы водопользования. Такая исключительная пестрота положительного права, хорошо знакомая Германии ко времени, предшествовавшему изданию В. Г. В., и не устраненная этим последним в области водного хозяйства, сохранилась в Пруссии до 1913 года, хотя нужда в едином водном законе была признана значительно раньше.

⁶¹⁾ Из числа комментариев к этому закону, перечисленных в перечне литературы (перед Введением), лучшим является двухтомный комментарий *Holtz-Kreutz*. Для изучения закона, краткое издание этого комментария 1922 г. ни в какой мере не может заменить большое двухтомное издание. Лучше в этом отношении комментарий *A. Born'a*.

Разнообразные нормы водного права, действовавшие в Пруссии до издания этого закона, значительно устарели к концу XIX века, вследствие интенсификации хозяйства. При густом населении и развитой промышленности, приобрели громадное практическое значение меры защиты от наводнений, поддержание нормального уровня воды, распределение прав на пользование водой для сельско-хозяйственных и промышленных нужд. Все эти вопросы, в виду разнообразия хозяйственных условий в Пруссии, разрешались сепаратно для различных местностей и рек и даже для различных частей рек и, таким образом, одна и та же водная система подчинялась разнообразным положениям.

В 1848 г. в Пруссии был издан закон о постройке плотин (Deichgesetz). с семидесятых годов прошлого века начинаются попытки объединить все водное право, но так же, как и в других германских государствах, эти попытки встречали множество затруднений. Вместо общего закона, издавались только специальные, то для отдельных частей государства (Шлезии, Бранденбурга), то по отдельным вопросам, как, напр., законы 1905 г.: один — о защите от наводнений (Hochwassergesetz), другой — о водных путях сообщения (Wasserstrassengesetz) ⁶²⁾.

Тем не менее, подготовка к изданию водного закона постепенно делала свое дело, и после двадцати лет упорного труда проект водного закона получил, наконец, 21 февраля 1913 года единогласное одобрение палаты, а 7 апреля 1913 года утверждение.

Один из комментаторов закона характеризует его следующим образом: „Основной принцип закона — частно-правовой. Закон построен на принципе частной собственности. Он идет даже дальше соответствующих положений баварского и баденского законов, поскольку он подчиняет праву частной собственности государства даже те водные течения, которые до сих пор были публичными и состояли в публичной собственности (öffentliche Eigentume) государства. Но частно-правовой принцип, сообразно природе вод, не проводится строго. С одной стороны осуществление собственности ограничивается частно-правовыми нормами самого водного закона или поставлено в зависимость от одобрения правительственных органов, с другой стороны — властям предоставлены разного рода правомочия для выступления против опасных или вредных видов пользования. Закон развивает частно-правовые нормы водного права старых провинций, придерживаясь того же направления, и этим он отличается от Вюртембергского водного закона, который построен на принципе публичности, и Саксонского водного закона, который представляет из себя чисто административный закон ⁶³⁾.

⁶²⁾ Holtz-Kreutz B. I. Einleitung.

⁶³⁾ A. Kloess. Kommentar zum Preussisch. Wassergesetz, S. 1.

Таким образом, при изучении прусского водного закона представляет наибольший интерес то, как частно-правовая конструкция его сочетается с ограждением общественных интересов, как мирится частная собственность на воды с обеспечением возможности использовать воды для наиболее важных с народно-хозяйственной точки зрения предприятий.

1. Классификация вод и права на них.

Классификация вод в Прусском законе 1913 г. отличается тем, что она отбросила какой-либо внешний признак для отнесения вод к той или другой категории. Различие рек в зависимости от того, постоянно ли они текут или пересыхают, как это пытались делать в древности, или в зависимости от того, судоходны ли они или нет, потеряло значение. Люди умеют теперь использовать небольшую горную речку для приведения в действие предприятия первостепенной важности, сравнительно небольшой источник для снабжения большого города питьевой водой, небольшой канал—для соединения двух водных систем. Как указывал уже Губер,⁶⁴⁾ наиболее целесообразна классификация вод по их значению, что шире, чем классификация по судоходности. Воды должны быть объявлены публичными, когда частное обладание не гарантирует максимального использования; могут быть оставлены частными, когда это достаточно гарантирует правильное их использование.

Прусский закон пошел этим путем. Он разделил воды на три категории, но не указал по каким признакам, а предоставил компетенции властей относить воды к той или другой категории в зависимости от значения вод. Конечно, судоходность рек играет, при этом, значение первостепенное, хотя и не исключительное⁶⁵⁾.

Реки каждой категории подвергаются различному режиму, как в отношении собственности, так и содержания их, компетенции водной полиции и пр., а потому в каждый определенный момент должно быть точно известно, куда какие воды отнесены. Поэтому, воды первой категории перечислены поименно в особом приложении к закону (§ 2) и всякие изменения в этом отношении: причисление к первой категории новых вод, исключение из первой категории и перечисление во вторую—могут быть производимы только в законодательном порядке (§ 3). Принадлежность вод ко второй категории определяется приказами обер-президента. В мотивах к закону дано следующее пояснение относительно условий причисления вод к этой категории:

⁶⁴⁾ E. Huber—Die Gestaltung des Wasserrechtes (стр. 546).

⁶⁵⁾ Holtz-Kreutz B. I стр. 19; Born, стр. 7. Подтверждение можно видеть в том, что важнейшие из судоходных рек Пруссии стали теперь общегосударственными, согласно закону 26 сент. 1921 г. Прусс. закон § 26 свидетельствует также, что все судоходные течения относятся к первой категории.

„Для включения вод в список (второй категории) имеет значение не величина и многоводность, а тот факт, представляет-ли данное водное течение, взятое в отдельности или в связи с другими, существенное значение для водного хозяйства в целом, в частности, в каком объеме оно представляет возможность хозяйственного использования значительному кругу соучастников пользования. Должно быть также принято в соображение, в какой мере вмешательство в существующую систему отношений по использованию водного течения может оказать влияние на значительное число участников в пользовании (*eine Rückwirkung auszuüben*). Необходимо далее выяснить и то, действительно ли соответствующее содержание вод играет такую роль в водном хозяйстве, или настолько обременительно, что не представляется возможным предоставить его прибрежным владельцам, не причинив ущерба важным интересам“.

„Воды, не выходящие за пределы одной общины (*Gemarkung*), по общему правилу, относятся к третьей категории“⁶⁶⁾.

Против причисления вод ко второй категории заинтересованные лица могут заявить возражения, которые подвергаются специальному расследованию в подрядке административного процесса. (§ 5).

Все воды, не вошедшие в первую и вторую категорию, причисляются к третьей.

Воды первой категории составляют собственность государства, воды второй и третьей—собственность прибрежных владельцев.

Составители Прусского закона, в отличие от своих баденских соотечественников, были свободны от влияния французского права и теории О. Майера. Говоря о собственности на воды, они имели в виду обыкновенную частно-правовую собственность, и при том не только на ложе водных течений, но и на содержащуюся в нем воду⁶⁷⁾.

„Ложе и вода вместе составляют понятие водного течения, их следует рассматривать, как единый объект права“.

Право использовать воду является одною из самых ценных составных частей права собственности на водные течения. С точки зрения пользования ложе реки и вода составляют нераздельное целое. Пользование, которое ограничивается одним только ложем, как, напр., гравием, песком, камнями, составляет исключение, в то время, как нормальное пользование захватывает как ложе, так и текущую в нем воду. Впрочем, собственнику водного течения нельзя приписывать право на текущую воду, находящуюся в естественной, природою данной, свободе, в том-же смысле, как на другие телесные вещи. Так, напр., само собою разумеется, что вода не может быть предметом виндикации, не

⁶⁶⁾ Born к § 4.

⁶⁷⁾ Holtz-Kreutz B.I стр. 45.

может быть украдена или повреждена, как вещь, даже загрязнением. Собственность на водное течение в отношении текущей воды выражается только в правомочии собственника расходовать ее для своих целей всеми способами, какие только возможны, в том числе пользоваться и потреблять, задерживать, выкачивать и выводить из русла.

„Право собственника, говорят комментаторы, Гольц-Креutz, охватывает также пространство над поверхностью воды и землю под ложем. Собственник не может препятствовать лишь тем действиям, которые совершаются на такой высоте или глубине, что у него не может быть интереса к воспрепятствованию (ср. § 905 B. G. B.)“.

Таким образом, прусский законодатель построил право на воду таким образом, что оно сливается с общею системою частных прав, как они определяются германским гражданским уложением. Но, разумеется, общий характер водного хозяйства, необходимость обеспечения интересов населения и народного хозяйства в целом, отразились надлежащим образом и в водном законе Пруссии: широкая постановка общего пользования (§§ 25 сл.) и подчинение наиболее важных видов пользования концессионной системе (§§ 46 сл.) ограничили права государства во многих отношениях больше, чем это было раньше⁶⁸⁾.

Воды второй и третьей категории принадлежат владельцам прилегающих к воде участков (прибрежным владельцам). Границы владений определяются линией, проведенной по середине реки при среднем уровне воды и линиями, проведенными перпендикулярно от конечного пункта каждого участка к средней линии течения (§ 8).

Частно-правовой характер собственности прибрежных владельцев не может вызывать сомнений, если даже собственность государства признается законодателем обыкновенною, а не публично-правовою собственностью. Часть ложа реки, принадлежащая береговому владельцу, рассматривается, как одна из составных частей его собственности и может быть отчуждаема им отдельно от прочих владений. Возникавшие при издании закона сомнения, не служит-ли это на пользу спекуляции, были разрешены в пользу прибрежных владельцев, так как последние, как собственники всей прилегающей земли, всегда могли бы обойти запретительные постановления⁶⁹⁾.

Считаясь с тем, что к моменту издания водного закона воды первой категории могли принадлежать и не государству, а второй и третьей категории и не прибрежным владельцам, закон (§ 9) сохраняет в силе ранее приобретенные права. В законодательном порядке государство может перечислить в первую категорию воды, состоявшие раньше во второй, и даже третьей категории, но этого одного недостаточно,

⁶⁸⁾ Holtz-Kreutz о. с. стр. 50.

⁶⁹⁾ Там-же стр. 60.

чтоб государство стало собственником их. Закон признал собственность государства только на те воды, которые были поименно перечислены в приложении к закону; другие воды государство должно приобретать, в порядке принудительного отчуждения, за вознаграждение (§ 11). Без этого перечисление вод в первую категорию лишь переносит на государство обязанности по содержанию вод (§ 115 абз. 1), в то время как перечисление вод из первой категории во вторую или третью не освобождает государство от лежащих на нем тягот (§ 132 абз. 2).

Приобретение государством прав на воды в порядке принудительного отчуждения только лишний раз подчеркивает, что Прусский закон понимает право собственности государства в частно-правовом смысле. „Enteignung ist Übereignung“ (Отчуждение—это пересвоение). Собственность, основанная на гражданском уложении, не может немедленно обращаться в руках государства в публично-правовую собственность.

Как мы видели, юридическое положение текущих вод второй и третьей категории, с точки зрения принадлежности их, одинаково: и те и другие принадлежат береговым владельцам. Различие их юридического положения проявляется в другом: содержание естественных водных течений второй категории обеспечено лучше, чем вод третьей категории. Содержание рек второй категории, согласно § 115 абз. 1, возлагается на создаваемые для этой цели водные товарищества, если оно не лежит на общинных или других организациях публичного права. Этим-же организациям (водным товариществам или заменяющим их учреждениям) предоставляется важное право осуществлять улучшения водного течения, при чем условия осуществления этого права (процесс получения разрешения) упрощаются (§§ 155 и 222). Воды второй категории находятся в ведении административных властей более высокого ранга (ландрат), обладающих и большим авторитетом и большою компетенциею (§ 342 абз. 1).

Не представляется необходимым, чтоб вся река от истоков до устья подчинялась одному и тому-же режиму. В разных плесах она может быть и первой и второй и третьей категории, в соответствии с различным значением каждой части для водного хозяйства⁷⁰⁾.

Таково юридическое положение тех трех категорий водных течений, на которые их делит Прусский закон 1913 г. Однако, этими тремя категориями еще не исчерпываются все воды. В действительности су-

⁷⁰⁾ См. Ausführungsanweisung v. 26 apr. 1913 Holtz-Kreutz B. II стр. 648; тоже изд. 1922 г. стр. 268. Там-же указывается, что ко второй категории вод причислялись те, которые уже вошли в перечень, составленный в связи с законом 1905 г. о предотвращении наводнений, а также те, содержание которых подлежало особому регулированию в интересах сообщения. Другое Ausführungsanweisung 29 apr. 1914 г. (Holtz-Kreutz, 1922 стр. 317) подчеркивает, что носители обязанности по содержанию рек большою частью непосредственно указаны в законе, между тем как для вод второй категории они часто должны быть еще специально созданы.

ществуют воды стоячие, дождевые и те, которые обычно называются замкнутыми, вследствие того, что слишком тесно связаны с участком, на котором находятся, обслуживая лишь нужды владельца и не представляя ценности для общества. Им посвящен специальный отдел (§§ 196-205).

Основное положение Прусского закона относительно этих вод не отличается от тех, которые приняты и другими водными законодательствами: „собственник земельного участка в праве распоряжаться и водою, находящеюся на или под поверхностью его земли, поскольку не заключается ограничений в данном законе, в особенности в его положениях, относящихся к водным течениям и пользованию ими, а также поскольку его правам не противостоят права третьих лиц“ (§ 196).

Таким образом, и в отношении этих вод (главным образом, озер и грунтовых вод) существуют специальные ограничительные постановления закона, в интересах, по преимуществу, соседей, так что свобода распоряжения со стороны собственника и здесь не абсолютна.

Оставляя на последующее обзор всех ограничений в пользовании водами, остановимся пока на тех постановлениях Прусского закона, которые относятся к земельным правоотношениям, неразрывно связанным с правами на ложе и берега водных течений.

В интересах наибольшей ясности, Прусский закон (§ 12) определяет границу береговой линии не только обычным уровнем вод, но и наглядным признаком произрастания травы. Действительно, граница произрастания травы вдоль рек большею частью совпадает с линией нормального уровня воды. При фактическом расхождении этих признаков, вопрос разрешается после рассмотрения конкретных данных (Решение Высшего административного суда 12 дек. 1916 г.). Определение границы береговой линии важно в целом ряде случаев (общее пользование, концессии, затрагивающие береговую линию, запрещение на берегу сооружений, препятствующих нормальному стоку вод, угрожающих наводнениями и др.).

Оставление рекою ее русла или частичное обмеление, в частности образование островов, *insula in flumine nata*, не отражается на правах собственности (§ 14). Полное или частичное освобождение ложа от воды освобождает лишь собственника от ограничений, которые возлагаются на него водным законом или которые основываются на договоре и неразрывно связываются с наличием водного течения. Прусский закон стоит здесь на той точке зрения, последовательно вытекающей из общей концепции закона, что образовавшийся остров не является приращением, так как и раньше все ложе принадлежало государству или береговым владельцам и, следовательно, никакой перемены в правах не происходит, а меняются лишь условия пользования.

Специальных постановлений об островах, возникающих вследствие возведения искусственных сооружений (Баденский закон предоставляет права на них собственнику предприятия), в Прусском законе нет⁷¹⁾.

Постановления Прусского закона о намывах и приращениях не заключают в себе ничего оригинального, и здесь применяется общая точка зрения закона о правах собственника. Так-же, как и в других водных законах, собственнику берега, который может доказать, что оторванная от его владений часть земли прибита к берегу другого, дается годовой срок на признание его прав, если только приросшая земля может быть отличена от участка, к которому приросла. В случае пропуска годичного срока, приросшая земля признается перешедшею в собственность нового владельца, без обязанности выдачи прежнему какого-либо вознаграждения.

Характерным для Прусского закона является то, что он (§ 18), подобно Баварскому (ст. 14) и в отличие от Баденского (§ 10), указывает не один только административный путь защиты собственником своего права на оторванную землю, но и судебный порядок. Подходя ко всем правоотношениям в отношении вод с частно-правовой точки зрения, Прусская закон не склонен сокращать компетенцию судебных учреждений в пользу административных, что, при специальном характере споров в этой области и необходимости отчетливого знания судьями фактических условий, нельзя считать целесообразным. Впрочем, в данном случае (право на оторванную землю) закон указывает на возможность выбора средств и путей защиты (администрация или суд), а потому здесь указанный недостаток устраняется.

Подробно регулируются в законе правоотношения, возникающие в случае перемены русла реки.

Если меняет свое русло водное течение первой категории, то и в новом русле оно будет собственностью государства. Последнее приобретает право собственности на новое русло на основании закона (*ex lege*). Собственники вновь занятой водным течением земли имеют право на вознаграждение со стороны государства, а если прежнее русло принадлежало не государству, то собственники освобождающегося от водного течения русла привлекаются к соучастию в вознаграждении потерпевших ущерб, по принципу *in quod locupletior factus est* (§ 15).

В приведенном постановлении говорится об естественном водном течении, но не об искусственном. Перемене последним русла, если она происходит по заранее обдуманному плану, должно было бы предшествовать соглашение с владельцами земель, через которые вода прой-

⁷¹⁾ Ср. § 140 о приращениях, возникающих при работах по содержанию водного течения и о пользовании ими.

дет. Если же изменение принадлежащего государству искусственного течения происходит независимо от владельца (государства), то водное течение становится собственностью новых прибрежных владельцев, также, как и при перемене русла водным течением второй или третьей категории⁷²). И в том и в другом случае, т. е. собственникам искусственного течения всех категорий и естественного течения второй и третьей категории предоставляется, как и другими водными законами (Баварск. ст. 25, Сакс. § 10, Баденск. § 9), право в течение года восстановить прежнее состояние (§ 16, 2). Если это удастся, то все прежние правоотношения восстанавливаются: собственность обнаруживает свою эластичность.

Все изменения в праве собственности, происходящие в связи с приращениями, намывами, переменою русла, являются оригинарным способом приобретения собственности. Переход ее от одних лиц к другим должен соответствовать условиям, указанным в законе. Занесение в вотчинные книги не имеет значения конститутивного акта и не является необходимым условием для укрепления возникшего права, но оно может быть сделано в целях лучшего обеспечения приобретенных прав.

§ 13 Прусского закона предусматривает занесение в вотчинные книги права на водное течение. Прибрежные владельцы могут, поэтому, заносить в книги право на принадлежащие им части водного течения. Водное течение рассматривается, как земельный участок (покрытый водою), и нет, следовательно, оснований для исключений из общего правила, требующего внесения в вотчинные книги всех земельных прав. Но там, где, как в Бадене, большая часть вод исключена из оборота, там это не имело бы практического значения... И Баденский закон не исключает применения общих правил вотчинной системы. В § 23 он говорит о применении к водам всех норм гражданского права, поскольку водный закон не определяет другого. Но в Прусском законе, согласно которому представляется возможным распоряжение водным течением, как собственностью, отдельно от прочих владений, а равно установление различных вещных ограничений и даже залогового права, занесение в вотчинные книги приобретает большое практическое значение. Фактически, конечно, случаи распоряжения водами отдельно от других участков бывают редко, но раз они возможны, то в интересах единства вотчинной системы постановление Прусского закона представляется вполне основательным, не говоря уже о его логической связи со всем остальным содержанием закона и о выдержанности во всех деталях основной идеи законодательства.

⁷²) Holtz-Kreutz В. 1 стр. 102 и 109.

2. Пользование водами.

Третья глава Прусского водного закона, посвященная пользованию водами, представляет особый интерес, в виду того, что здесь можно видеть, как разрешил законодатель вопрос о соотношении частных и общественных интересов, приняв в основу начало частной собственности на воды.

Особо выделены законом те ограничения, которым, в интересах общественных, должен подчиняться каждый пользователь, независимо от того, собственник он или нет (§§ 19-24). Далее следуют положения, относящиеся к общему пользованию (§§ 25-39), определяющие права собственника (§§ 40-45), условия и порядок выдачи разрешений на те виды пользования, которые не предоставлены самим законом (§§ 46-80), и примирительный процесс (§§ 87-90). В заключение дается ряд специальных правил относительно возведения плотин.

Ограничения, установленные в виде общеобязательных правил, касаются прежде всего таких действий, которыми загрязняются воды, как, напр., сбрасывание в воду земли, песку, шлаку, камней, деревьев и др. твердых тел. Администрации предоставляется допускать отступления. Наоборот, брать из реки произрастающие в ней растения, а также ил, землю, гравий, песок и камни, по общему правилу, допускается, но администрация и здесь в праве ограничить и запретить это, если усматривает опасность для общественного интереса. Запрещается также мочка льна и конопли.

Очень широкое полномочие предоставляет водной полиции § 21 закона. Она управомачивается ограничивать и даже вовсе прекращать различные виды пользования водою, если только не установит, что пользователь обладает специальным правом или, что пользование допускается, согласно правилам об общем пользовании. Ограничительные распоряжения полиции должны, однако, сопровождаться обоснованием.

„Оправдание этого полномочия, говорит Б о р н, заключается в том, что регулирование пользования водными течениями относится не только к частному, но и к публичному праву и что задачей полиции является поддержание основанного на последнем публичного порядка. Водная полиция может принять меры против всякого пользования, которое противоречит общественным интересам“⁷³⁾.

В водном законе содержится ряд ограничений прав пользователей в интересах других лиц и общества, так, напр., собственник вод не может настолько изменять их уровня, что будет причинен ущерб другим (§ 41, 2), не могут быть устраиваемы без разрешения плотины, отводы воды и пр. Полиция может приостанавливать все те виды пользо-

⁷³⁾ Born о. с. стр. 29.

ванья, которые совершаются с нарушением этих правил. Но, разумеется, в тех случаях, когда право пользования предоставлено в концессионном порядке (*Verleihung*), предполагающем специальное рассмотрение всех возражений и всех интересов, полиция не может уже приостанавливать такого пользования, как равно и в тех случаях, когда оно основывается на законе и не нарушает никаких его постановлений.

На законе основывается общее пользование. Так как Прусский закон не разделяет вод на публичные и непубличные, то в нем нет такого ясного определения, как в Баварском и Баденском законах, что судоходство и сплав выделяются из всех других видов общего пользования. Прусский закон подходит ко всем видам общего пользования, главным образом, как к ограничениям частных прав на воды, и, с этой точки зрения, постановления его заслуживают более подробного рассмотрения.

В отношении вод первой категории „каждому предоставляется (§ 25) пользоваться водою для мытья, стирки, черпать воду в сосуды, пользоваться для водопоя, купания, катания на лодке и по льду и брать воду и лед для домашних и хозяйственных надобностей⁷⁴⁾, при условии непричинения вреда другим. С тем-же ограничением каждому дозволяется спускать как естественно текущие, так и образующиеся при домашнем и хозяйственном употреблении сточные воды,—в естественные водные течения первой категории. Но под это правило не подходит спуск отработанных вод, посредством специальных собирающих эти воды приспособлений“.

То же, за исключением права брать лед, применяется и к естественным течениям второй и третьей категории. Катание же на лодках и по льду допускается лишь поскольку оно было закреплено обычаем раньше (до издания закона).

Правила об общем пользовании не применяются по отношению к искусственным водам, к тем частям водных течений второй и третьей категорий, которые находятся в пределах усадьбы, садов и парков и составляют собственность прибрежных владельцев. Не применяются правила об общем пользовании к прудам (*Talsperre*), а также к озерам, из которых вытекают водные течения второй и третьей категорий. Распространение общего пользования на искусственные и другие изъятые из него воды может быть допущено обер-президентом.

Относительно судоходства и сплава плотами закон содержит специальное постановление (§ 26), предоставляющее каждому эти виды пользования на водах первой категории. Для вод второй и третьей категории эти виды пользования прямо не предусматриваются, повиди-

⁷⁴⁾ Имеются в виду хозяйственные потребности сельского хозяйства, но без подсобных предприятий, и мелкие промышленные предприятия (§ 25 абз. 4).

тому, вследствие того, что соответствующие течения относятся к первой категории⁷⁵⁾, но там, где сплав существовал и до введения в действие нового закона и, вообще, допустим, он может быть дозволен, а министру земледелия, государственных имуществ и лесов предоставлено в общественных интересах или при наличии важного хозяйственного интереса допускать сплав вновь или расширять об'ем существующего. На реках второй и третьей категории может быть допускаям и сплав россыпью (§ 31).

Составители Прусского закона рассматривали общее пользование, как институт публичного права. „Обязанности собственника водного течения допускать общее пользование не корреспондирует никакое частно-правовое притязание на терпение подобного пользования. Оно является правомочием, покоящимся на публично-правовом основании. По природе своей оно субсидиарно и должно быть поставлено позади всех видов частных прав на пользование водою⁷⁶⁾“.

Равным образом обязанность предоставления бечевника рассматривается не как обременение собственности одного лица в пользу другого, согласно правилам частного права, а представляет из себя публично-правовое ограничение собственности. Бечевник не регулируется правилами гражданского уложения о вотчинных повинностях, не заносится в вотчинные книги, не прекращается вследствие длительного неиспользования (*populus*) и освобождение от него не может быть достигнуто в порядке начал гражданского права⁷⁷⁾.

Таковы взгляды составителей закона на природу общего пользования и ограничений, с ним связанных. Эти взгляды, по свидетельству комментаторов, усвоены и судебными учреждениями.

Защита общего пользования в порядке частных исков не допускается, она может осуществиться только через посредство водной полиции (§ 36 абз. 2). Впрочем, при рассмотрении проекта водного закона в комиссии, там высказывали взгляд, что не исключена возможность защиты общего пользования на основании § 829 В. Г. В, который обязывает к возмещению ущерба, причиненного действиями, нарушающими добрые нравы. Эта точка зрения кажется комментаторам противоречащею основным взглядам закона на общее пользование, не признающим частно-правового притязания на допущение общего пользования, а потому неправильно⁷⁸⁾.

„Водной полиции предоставляется регулировать, ограничивать и запрещать общее пользование. Распоряжения этого рода должны сопровождаться обоснованием“. (§ 39).

⁷⁵⁾ См. выше прим. 65.

⁷⁶⁾ Holtz-Kreutz B. I стр. 173 ср. Born стр. 36.

⁷⁷⁾ Holtz-Kreutz стр. 193.

⁷⁸⁾ Holtz-Kreutz B. I стр. 221.

Этим положением водный закон хотел уполномочить власть на защиту как публичных, так и частных интересов. Предоставление власти даже запрещать общее пользование как-бы подтверждает, что общее пользование не является частным правом. Но в объяснительной записке комиссии, рассматривавшей проект закона, разъясняется, что полное прекращение общего пользования допустимо только с целью ограждения государственных интересов. При этом указывалось, что запрещение общего пользования может быть неограничено во времени и устанавливаемо на короткий промежуток, может быть применено в отношении отдельных видов общего пользования или в отношении общего пользования вообще, в пределах всего водного течения или на более и менее коротких его протяжениях, и во всякое время может быть опять снято. Предложение допускать только временное прекращение общего пользования было отклонено⁷⁹⁾.

Такое широкое полномочие власти относительно общего пользования может быть, конечно, оправдано только в том случае, если оно используется в интересах общественных. И, действительно, помимо объяснительных записок, такое ограниченное применение этого полномочия вытекает из наличия в законе другой статьи (§ 21), которая находится во внешней коллизии с § 39, так как говорит, что водная полиция не уполномочена ограничивать или прекращать пользование водным течением, когда пользователь обладает правом или пользование допускается правилами об общем пользовании. Существование этой статьи (§ 21) наряду с § 39 оправдывается тем, что последняя предполагает защиту общественных интересов, не только по заявлениям, но и по инициативе самих властей и не только в тех случаях, когда вред какого либо пользования уже обнаружился, но и в целях предупреждения этого вреда. В § 21 закон имел в виду установить средства защиты частных интересов, когда таковые уже нарушаются, а не с превентивной целью⁸⁰⁾.

Это толкование заставляет подойти несколько осторожнее к вопросу о том, как понимает Прусский водный закон общее пользование. Мы имеем в этом законе еще одну статью (§ 57), которая показывает, что законодатель вменяет власти в обязанность бережно относиться к существующему общему пользованию. Эта статья говорит о том, что при установлении концессии не может быть сделано возражений, основывающихся на том, что она причиняет ущерб общему пользованию, как не может возникать и претензии о вознаграждении за причинение затруднений общему пользованию, но, вместе с тем, власти вменяется в обязанность, чтобы, при выдаче концессии, она озаботилась *ex officio*

⁷⁹⁾ Там-же стр. 224.

⁸⁰⁾ Ср. Holtz-Kreutz о. с. стр. 133-139 и стр. 223.

о том, чтобы общее пользование не сделалось невозможным или не было существенно затруднено.

Из этого еще не видно, чтобы закон рассматривал общее пользование, как право, он только заботится о возможном сохранении его. В других случаях закон расширяет общее пользование. Так, напр., включение езды на лодках и по льду в число допущенных законом видов общего пользования являлось нововведением, по сравнению с прежним правом⁸¹⁾.

Предусматривается в законе возможность расширения общего пользования и в будущем. Уже упоминалось о возможности разрешения сплава в водных течениях, где раньше сплава не было (§§ 31, 32). В этом случае собственнику уплачивается вознаграждение, с применением правил о принудительном отчуждении. Собственник, получивший вознаграждение, при установлении общего пользования, не может не рассматриваться, как лицо, обязанное терпеть общее пользование. Остается вопрос, обязано ли оно по отношению к отдельным пользователям или только по отношению к власти, как единственно управомоченной предъявлять требования о допущении общего пользования.

Как мы видели уже, комментаторами Прусского водного закона вопрос этот разрешается во втором смысле.

Однако, несколько статей закона заставляют думать, что вопрос мог-бы быть разрешен и иначе. Так, напр., согласно § 30, судовладелец и собственник плота в случае причинения ущерба береговым владельцам, при пользовании бечевником, отвечают по принципу причинения, а не вины. За вину, в порядке регресса, может быть привлечен, по общим началам гражданского уложения (§ 823 B. G. B.), виновник причинения ущерба. Ответственность за вину предусматривается для данного случая специальным законом о внутреннем судоходстве (Binnenschiffahrtsgesetz), водный-же закон 1913 г. в § 30 предусматривает ответственность, при отсутствии вины. Как-же можно обосновать эту повышенную ответственность. В то время, как Германское гражданское уложение регулирует ответственность за недозволенные действия, здесь, в водном законе, предусматривается скорее ответственность за вред, причиненный при осуществлении права, в целях побуждения управомоченных к надлежащему (bestimmungsmässig) пользованию правом. Такова, кажется нам, идея закона⁸²⁾.

⁸¹⁾ Комментарии к Прусскому закону уделяют, поэтому, внимание этому нововведению, отмечая, между прочим, что собственник не отвечает за безопасность этого спорта. Каждый осуществляет общее пользование на свой риск и собственник огораживает проруби только при наличии специального распоряжения полиции (Holtz-Kreutz о. с. стр. 177-178).

⁸²⁾ Ср. Holtz-Kreutz о. с. стр. 200-204.

В дополнение к § 30, в котором мы видим косвенное признание права на общее пользование, приведем § 23, где говорится: „кто желает спускать в водное течение воды или иные жидкие вещества, выходя за пределы, установленные общим пользованием, тот должен предварительно заявить об этом водной администрации“. Комментарий к этой статье Гольц-Креуца разъясняет ее следующим образом: „уведомление, согласно § 23, не обосновывает, даже при отсутствии к. л. сомнений у водной администрации, притязаний на терпение спуска вод ни по отношению к администрации, ни по отношению к частным лицам“⁸³⁾.

Отсюда уже с большим основанием можно а contrario говорить, что спуск вод в пределах, предоставленных для общего пользования, составляет право и создает притязание и к администрации и к собственникам.

Повидимому, и составители закона и комментаторы его убежденно отрицали частно-правовой характер общего пользования по двум причинам: вследствие податливости этого права по отношению к другим и вследствие признания нежелательности защиты его гражданскими исками.

„Общее пользование не может, по общему правилу, вторгаться в чужие права, в особенности с нарушением собственности на берег или на водное течение“.

Общее пользование допускается, если при этом не причиняется ущерба другим (§ 25) и это выражение „другим“, говорят комментаторы, надлежит толковать в самом распространительном смысле: и собственники, и береговые владельцы, и управомоченные на рыбную ловлю и другие, кому принадлежит право на водное течение“⁸⁴⁾.

Но все это верно лишь в отношении мелких видов общего пользования, основанных на признании воды за *res communis omnium* (купание, стирка, водопой и пр.). Вполне понятно, что, узаконяя такой новый вид общего пользования, как катание на лодках или на коньках, имеющее большею частью значение спорта, Прусский водный закон не хотел ограничивать собственника в праве построить стесняющие этот вид пользования мосты и мостки, или в праве брать лед, выводить воду и пр. В пользу такого решения можно было-бы привести не только официальные основания⁸⁵⁾ но и соображения существа: сопоставление удельного хозяйственного веса различных видов пользования, что в водном хозяйстве, как мы неоднократно видели, принимается за руководящий принцип. Но нигде не говорится, что общее

⁸³⁾ Там-же стр. 151.

⁸⁴⁾ Там-же стр. 174, 179.

⁸⁵⁾ Там-же стр. 219.

пользование для судоходства и сплава тоже субсидиарное право, которое тоже должно уступать место каждому другому праву. Наоборот, Гольц и Креуц сами признают, в отношении сплава, что здесь собственники и прибрежные владельцы обязаны терпеть все, что связано с осуществлением сплава⁸⁶⁾.

Правда, гражданского иска для защиты общего пользования Прусский закон не дает, но, во-первых, гражданскому праву небезызвестны неискковые притязания (натуральные права), а, во вторых, даже при признании общего пользования правом, трудно представить себе иную защиту его, кроме административной, так как каждое решение в пользу претендента на общее пользование должно будет распространяться не на одних только тяжущихся, а на всех пользователей, приобретающих общее значение⁸⁷⁾.

Отвергнув классификацию вод на публичные и непубличные, Прусский закон оставил в тени юридическую особенность публичных вещей, предназначенных для общего пользования,—связанность их целезначением. Но, часть вод, по Прусскому закону, не только потому отнесена к первой категории, чтобы быть собственностью государства, но и для того, чтобы могло быть легче осуществлено их основное назначение. Эти воды служат, главным образом, судоходству и сплаву и эти виды общего пользования могли-бы, конечно, быть защищаемы как права. Вопрос о форме защиты—второстепенен, это вопрос целесообразности: защиту лучше всего поручать тем органам, которые наиболее компетентны, а наибольшая компетентность водной администрации в вопросах водного хозяйства не может подлежать сомнению. Эта мысль вполне отчетливо выражена в § 36 Прусского закона⁸⁸⁾.

Таким образом, утверждение, что Прусский водный закон не дает основания для конструкции общего пользования, как права, во всяком случае, не может быть категорично. Прусский законодатель, увлекшись частно-правовою конструкцией права на воды, всеми мерами старался смягчить силу ограничений, лежащих на собственности. Но воды (по крайней мере, воды первой категории) остаются предметом общего

⁸⁶⁾ Там же стр. 206.

⁸⁷⁾ R. Jhering, *Geist B. I 3 A.* стр. 211 указывает, что римское право создало для этой цели *a. popularis*: публичные интересы ничто иное, как интересы всех, а потому и каждого в отдельности.

⁸⁸⁾ В комментарии к § 36 Борн приводит следующую цитату из объяснительной записки к проекту: „Общее пользование не предоставляет отдельному лицу частного, защищаемого в судебном порядке права. Общее пользование беспрекословно отступает на задний план перед правом собственника или другого специально уполномоченного лица. Собственник мог-бы, поэтому, в пределах господства своей собственностью принять меры, которыми созданы были-бы препятствия допущенному правилами об общем пользовании публичному сообщению, в частности—препятствия судоходству или сплаву. Значение публичного сообщения и общего блага требуют защиты против подобных возможностей“.

пользования, а потому и общее пользование остается в отношении этих вод защищаемым правом *suī generis*.

Современное водное право не отвечало-бы своему назначению, если-бы оно не ограничивало прав собственника в интересах общего блага и соседей.

Прусский водный закон разделяет в этом отношении общую судьбу. Мы уже приводили общие его положения о пользовании водами, содержащие основные ограничения водопользования. Эти правила, наряду с несколькими специальными положениями, всецело распространяются и на пользование собственником. (§ 40).

Пользование водами со стороны собственника не является каким-то особым правом, оно является лишь осуществлением собственности. Поэтому оно носит всецело частно-правовой характер и регулируется началами гражданского законодательства. Согласно § 100 В. Г. В., оно охватывает, как извлечение доходов, (плодов), так и всех других выгод, какие дает употребление вещи. Помимо всех видов пользования, предоставленных по § 25 каждому желающему и которые собственник, в отличие от других, осуществляет, как несомненное право, он может мочить лен и коноплю, выбирать ил, землю, песок, гравий и т. д., устраивать пристани, купальни, трапы, мосты, контору для сдачи в наем лодок, разные устройства, склады дров и других предметов, катки, катание на лодках и различные виды судоходства, сплава и пр. Но все эти выгоды предоставляются собственнику, лишь поскольку он не выходит из установленных законом границ, т. е. не нарушает полицейских правил, не загрязняет воду, не понижает ее уровня, во вред другим и пр. Все, что выходит за эти для всех пользователей обязательные границы, требует разрешения (концессии).

Собственник может устанавливать в пользу других лиц сервитуты и права застройки, может предоставлять пользование вместо себя, но не может отчуждать право пользования отдельно от собственности, разве только превратив его, для удобства распоряжения и наибольшей обеспеченности, в право концессионное⁸⁹⁾.

Хотя собственник, при пользовании водами, подчиняется всем тем ограничительным постановлениям, какие применяются и при общем пользовании, но применение этих ограничительных правил по отношению к собственнику носит несколько иной характер. Собственнику не может быть запрещено всякое действие, которое вредит другому, как это имеет место при общем пользовании. Это было бы слишком стесни-

⁸⁹⁾ Holtz-Kreutz В. I стр. 462-463. См. ниже о так назыв. *Sicherstellung*, прим. 100 и 101.

тельно для собственника и слишком расходилось бы с принципом: *qui suo jure utitur, neminem laedit*. В §41 Прусского закона предусмотрены только вполне определенные виды причиняющих вред другим лицам действий, которых собственник должен избегать: изменение течения, загрязнение, такое изменение уровня воды, что причиняется ущерб пользованию других или вред их участкам, и, наконец, действия, увеличивающие для других бремя содержания вод и их берегов. Другие действия собственника, хотя-бы в результате их и возникал вред, не могут быть запрещены ему. Поэтому и для приостановки таких видов пользования со стороны собственника, которые причиняют вред заинтересованным лицам, недостаточно доказать только факт совершения этих действий, они должны также доказать, что собственник переступил границы своего права. Правоотношения, которые возникают на этой почве, носят всецело частно-правовой характер, а поэтому, при выходе собственника за очерченные законом пределы пользования, к нему может быть предъявлен иск об убытках. Не исключается, впрочем, в соответствующих случаях возможность „административных мер“.

При наличии интересов нескольких собственников, должно приниматься во внимание фактическое преимущество одного перед другим. Там, где водный закон рассматривает воду, как общее достояние, распределение которого должно совершаться по принципу наибольшей полезности, никто не может обладать естественными преимуществами. Но, прусский водный закон последовательно проводит принцип частной собственности. Интересно в этом отношении следующее пояснение объяснительной записки к законопроекту, в связи с вопросом о праве собственника предпринимать меры осушения земли: „интерес общества —наиболее полное использование наличной земли, выступает на первый план и запрещает ограничивать землевладельца в пользу других в отношении тех хозяйственных мер, цель которых интенсификация использования земли“. С этой точки зрения, говорит комментатор, и вывод грунтовых вод, с целью дренажа, не может подвергаться ограничениям, если даже, при этом, уровень воды в соседнем, может быть, даже широко округе будет изменен во вред другим⁹⁰⁾.

Исходя из признания свободы каждого собственника в пользовании водами, при отсутствии специального уравнивания интересов или специальных ограничений⁹¹⁾, нет оснований отрицать преимущества владельца вышележащего участка перед владельцем нижележащего во всех видах пользования.

⁹⁰⁾ Holtz-Kreutz В. I стр. 244.

⁹¹⁾ Так, напр., кроме уже указанных ограничений, следует упомянуть о запрещении лишать собственников вододействующих сооружений необходимого для их предприятий количества воды (§ 42).

Но, Прусскому водному закону известны и необходимые в общественных интересах ограничения прав собственности, и ряд принудительных норм и право отчуждения.

Из числа принудительных прав (легальных сервитутов), установленных Прусским законом, некоторые могут быть осуществлены без вознаграждения собственников, другие лишь при условии вознаграждения. Без вознаграждения можно требовать принятия воды, стекающей с участка вне водного течения, когда собственник участка, вода с которого стекает таким образом, не может сделать других отводов или может лишь при несоответственно крупных затратах. Но, если собственники земель, на которые производится сток, в свою очередь, не могут спустить их дальше или могут лишь при высоких затратах, то их можно принудить к принятию вод лишь за вознаграждение и лишь в том случае, когда выгоды собственника вышележащего участка значительно выше, чем причиняемый им вред (§ 330).

За вознаграждение, в интересах различных предприятий из области водного хозяйства, можно требовать изменений водного течения (углубления, расширения, прокапывания, переноса), предоставления права проведения воды, права примкнуть плотину и допустить различные устройства (§§ 331-334). При необходимости изменений в водном течении, при пропуске воды через чужую землю и примыкании плотины, закон требует (§ 387) вознаграждения за нарушенные интересы в полном размере (не исключая, следовательно, и косвенного ущерба).

Наконец, Прусскому закону известен институт принудительного сопользования, уже знакомый нам по другим водным законам. Применение этого института ограничено в Прусском законе приспособлениями для осушения земель или спуска отработанных вод и теми случаями, когда претендующий на сопользование не может иначе целесообразно или без высоких расходов осуществить такое же предприятие (§ 339). Необычное и несоответствующее современному правопорядку вторжение в сферу частного хозяйства допускается водными законами с большою осторожностью и, тем не менее, это делает даже Прусский закон, более других водных законов охраняющий принципы частного права, при чем в объяснительной записке § 339 получает даже несколько распространительное значение: не только в пользу того, через чью землю проложены отводящие каналы, но для всякого, кто может извлечь выгоду из совместного пользования⁹²⁾.

В необходимых случаях, когда это оправдывается общественными интересами, частный собственник подчиняется принудительному отчуждению (по закону 11 июня 1874 г.).

⁹²⁾ B o r n стр. 320.

Особые правила установлены в законе относительно сооружения за пруд. Закон обеспечивает власти возможность добиться сноса, предохранительных мер или переустройства опасного и нехозяйственного сооружения. Владельцы запруд обязаны содержать в порядке вы-
сотомеры (§§92, 94) и самые сооружения (§ 96).

Если существует опасность, что запруда может по своему устройству не выдержать высокой воды и разрушение ее грозит большими убытками, то заинтересованные лица могут требовать переделки ее, участвуя в расходах, соответственно выгодам, которые они получают. Переделка не должна сокращать эффективности плотины (Leistungsfähigkeit). Если с точки зрения задач и интересов народного хозяйства потребуется сокращение или уничтожение ее, то § 338 предоставляет и эту возможность (когда явны выгоды сельско-хозяйственной культуры или судоходства), при условии уплаты вознаграждения.

Наконец, остается еще путь принудительного отчуждения. В интересах общего блага, водная администрация может по своей инициативе потребовать переделки или укрепления запруд, если вред и опасность их для общего блага преобладают, и в этом случае государство берет на себя издержки, не покрываемые выгодами заинтересованных лиц.

Здесь мы видим не только широкое право вторжения в сферу частного хозяйства, но и то, что, согласно водному закону, право на запруду есть в то же время обязанность по отношению к запруде. Владелец запруды должен надлежаще содержать ее, поэтому он не может иначе, как с разрешения власти снять ее или надолго оставить без употребления (§ 99). Власть может отказать в таком разрешении, когда это грозит большими убытками другим лицам. Правда, в этом случае хозяин не может быть обязан к содержанию запруды на свой счет, но он должен допустить заинтересованных лиц к тому, чтобы они приняли содержание на себя, или может сам поддерживать запруду, при условии возмещения ему издержек.

Надлежащим пользование запрудой считается тогда, когда вода поддерживается на установленной высоте (§ 101) и не производится внезапного спуска задержанной воды (§ 100).

Большие водовместилища (Talsperren) могут устраиваться только по определенному плану, утверждаемому властями, и находятся под постоянным надзором (§§ 107, 108 сл.).

Очень подробно регулируется в законе содержание водных течений и их берегов. Оно построено на публично-правовом основании. Обязанность содержания—поддержание естественного или искусственно созданного состояния вод. Обязанность эта возлагается законом, как публичная повинность. В отношении вод первой категории ее прини-

мает на себя государство и даже, как уже указывалось, при перечислении вод из первой во вторую, сохраняет эту обязанность за собою (§ 132). Содержание вод второй категории возлагается на водные товарищества, и вод третьей категории и искусственных вод—на собственников (§ 115).

Для облегчения обязанным лицам осуществлять надлежащим образом содержание рек, закон возлагает на береговых, а в некоторых случаях (§ 137) и на более широкий круг владельцев, ряд положительных и отрицательных обязанностей. Они должны освобождать берега от насаждений и оград, угрожающих свободному течению вод, должны поддерживать укрепленные берега (§ 120); должны также предоставлять за вознаграждение землю и материалы (камни, песок, лес), необходимые для производства сооружений §§ 136, 138), последнее в том случае, если иначе для выполнения обязанности по содержанию реки придется закупать нужные материалы по несоразмерно высокой цене.

Помимо содержания водного течения в порядке, могут быть принимаемы работы по углублению и устройству нового русла и по возведению сооружений для урегулирования высоты водного течения⁹³⁾.

Этого рода работы могут быть выполняемы только по утверждению плана их, который должен быть представлен с объяснительною запискою относительно предприятия и всех устройств. Утверждение дается лишь в том случае, если предпринимаемые сооружения отвечают требованиям общего блага (§ 163).

К этой группе постановлений примыкают и те, которые относятся к мероприятиям по предупреждению наводнений (§§ 284-329).

Многие из установленных в связи с этим ограничений и обязанностей собственников тождественны с только что перечисленными. Оригинальными положениями являются, главным образом, те, которые регулируют отношения по возведению и содержанию заградительных дамб (Deichrecht). В Германии еще в 1848 г. существовал специальный по этому вопросу закон, допускавший организацию союзов по сооружению и содержанию дамб, даже вопреки желанию большинства. Водный закон (§ 294) допускает лишь принудительное присоединение большинства. Союз действует под контролем государства (§ 302), обязанности распределяются уставом между членами, заинтересованными землевладельцами (§§ 301, 310), но установленные уставом обязанности приобретают публично-правовой характер.

3. Концессии и примирительный процесс.

Водный закон ограничивает собственников в праве пользоваться водами, но они могут нуждаться в разрешении на более широкое ис-

⁹³⁾ Эти работы объединяются в немецкой терминологии общим названием Ausbau.

пользование вод. Было-бы нецелесообразно лишать их этой возможности, если они осуществляют ценное в народно-хозяйственном отношении, предприятие. С другой стороны, закон считает воды собственностью государства (первая категория) и прибрежных владельцев (вторая и третья категория); однако, и не собственники могут нуждаться в предоставлении им права пользования, когда они не могут договориться с собственниками или желают получить наиболее обеспеченное право для осуществления дорого-стоющего предприятия. С народно-хозяйственной точки зрения представляется желательным, чтобы власть могла обеспечить возможность создания таких полезных предприятий.

Поэтому, Прусский водный закон, по примеру Баденского (1913 г.), содержит подробные правила о пожалованных или концессионных правах (*Verleihung*).

Прусский закон признает право требовать от власти предоставления концессии. В Баденском законе, соответственно его общей тенденции, устанавливается широкая свобода усмотрения администрации в деле предоставления концессий (§ 41 „nach freiem Ermessen“). Правда, комментатор закона⁹⁴⁾ толкует это выражение ограничительно, не как допущение произвола, а как расширение оснований, по которым власть может отказать претенденту, в виду трудности привести в законе исчерпывающий перечень всех оснований для отказа, но в Прусском законе (§ 47 абз. 1) прямо говорится: „В концессии может быть отказано только по основаниям, приведенным в законе“. Таким образом, здесь отразилось влияние О. Майера⁹⁵⁾, настаивавшего на том, что в законе должны так точно указываться условия предоставления концессии, чтобы акт власти по этому вопросу мог походить на решение, а право на получение концессии было-бы субъективным публичным правом⁹⁶⁾.

Основания для отказа в предоставлении концессии могут быть чисто формальными: когда испрашиваемые воды не принадлежат ни к одной из трех категорий водных течений, или право уже установлено в порядке особых постановлений об укреплении берегов (*Ausbau* § 155 абз. 3), или об улучшении русла (§ 331 абз. 1), или на основании норм горного права (§ 396), или, наконец, на основании правил об общем пользовании. По существу отказ обосновывается непредставлением плана работ, последний требуется для предотвращения спекуляции, когда концессия испрашивается в предвидении возрастающей потребности в к. л. виде использования воды, но без намеренья осуществления пред-

⁹⁴⁾ Wiener стр. 100.

⁹⁵⁾ O. Mayer, D. Verwalt. recht B. I стр. 253.

⁹⁶⁾ Такая тенденция проведена и в Саксонском законе 1909 г. § 27, ср. Schelcher B. II. стр. 115-116. Но здесь говорится не о *Verleihung*, а об *Erlaubniss*.

приятия (§ 48, § 65 абз. 1). Может быть отказано также, когда против предприятия выдвигаются возражения с точки зрения интересов общего блага, когда нет возможности гарантировать эти интересы установлением условий концессии (§ 49 абз. 1). Отказ может быть вызван также возражениями собственника (§ 49, 2) и заинтересованных лиц; последнее в том случае, если ожидаемая польза предприятия не превысит в значительной степени убыток, им причиняемый (§ 50 абз. 2). В объяснительной записке говорится по этому поводу: „концессия должна быть предоставлена и при убыточности ее для других лиц, если осуществление предприятия, несмотря на эти убытки, может быть юридически и хозяйственно оправдано“⁹⁷⁾.

Но, в числе оснований для отказа в предоставлении концессии указывается и несогласие министра (§ 49 абз. 3, 4). Здесь уже нет определенности, которая потивопологается Баденскому „усмотрению“. Фактически полную определенность в этом вопросе трудно обеспечить и наиболее правильным представляется средний путь— возможно большей определенности для отказа и общих руководящих указаний в законе для власти, рассматривающей ходатайства о предоставлении концессий.

Постановления Прусского закона относительно концессий являются новшеством, так-же как и постановления Баденского закона 1913 г. Раньше в обоих государствах было известно лишь административное утверждение (Genehmigung), которое не имеет значения юридического титула, в то время как концессия обладает правоустанавливающей силой.

Противопологая концессии административным разрешениям или утверждениям, выданным на основании прежних законов (§ 379), комментаторы, опираясь на судебную практику, раз'ясняют смысл административного утверждения, как свидетельства об отсутствии у администрации возражений против предполагаемого устройства. Но, даже в том случае, когда, при выдаче разрешения, не упоминалось об отменности его, оно все-же остается отменимым. Мало того, выданное разрешение не гарантирует от пред'явления гражданских исков со стороны заинтересованных лиц, которые не могут быть лишены права взыскивать свои убытки⁹⁸⁾.

Иначе обстоит дело с правом, основанным на концессионном акте. При выдаче концессии, на концессионера может быть возложено выполнение ряда обязательств и условий, в интересах общего блага. Так, напр., концессионер может быть обязан безвозмездно допускать сток канализационных вод с казенных участков, к передаче казне за возна-

⁹⁷⁾ Holtz-Kreutz B. I стр. 300.

⁹⁸⁾ Holtz-Kreutz B. II стр. 525 сл.

граждение устраиваемых им предприятий, к допущению работ, которые производятся для выпрямления русла и укрепления берегов, хотя бы этой работой и причинялись убытки концессионеру. Невыполнение этих условий дает основание для вмешательства администрации (§ 83), хотя бы невыполнение и не было злостным⁹⁹), а при упорном невыполнении условий может быть отобрана концессия (§ 85 абз. 1 п. 4).

Концессия может быть отобрана или ограничена, когда выяснится существенный вред или угроза общественному благополучию, но в этих случаях предприниматель вознаграждается (§ 84). Без вознаграждения отбирается концессия, когда выяснится, что она предоставлена на основании неправильных данных, когда предприниматель не осуществляет ее и оставляет устройства в заброшенном виде, в запустении; когда выясняется, что предоставленное право стало ненужным или излишним для предприятия, и когда предприниматель не выполняет подтвержденных ему условий, на которых предоставлена концессия (§ 85).

Но, если в концессии может быть отказано лишь поскольку существуют для этого указанные в законе основания, то тем более она не может быть отобрана иначе, как только при точно указанных в законе условиях. Поэтому, право, предоставленное в порядке концессии, считается настолько прочным, что даже собственники могут быть заинтересованы в том, чтоб их права на пользование водами были приравнены по силе к концессионным правам. С этой целью Прусский водный закон (§ 86) ввел новую оригинальную систему „укрепления“ прав (Sicherstellung).

Укрепление сопровождается тем-же процессом, как и выдача концессий. Производится подробное обследование, какие интересы частные и общественные затрагиваются предполагаемым предприятием, выслушиваются возражения заинтересованных лиц, которым дается для этого определенный срок после публикации о предполагаемом предприятии. Решение о выдаче концессии носит, таким образом, характер судебного решения (*res judicata pro veritate habetur*) и неудивительно, что право концессионера считается наиболее обеспеченным от каких-либо неожиданных ограничений или отмены. „Право на пользование водным течением, основанное на концессии, пользуется значительными преимуществами перед правами, непосредственно вытекающими из предписаний закона, так как оно создает предпринимателю юридическое положение со всех сторон обеспеченное¹⁰⁰).

⁹⁹) Holtz-Kreutz В. I стр. 446.

¹⁰⁰) Holtz-Kreutz В. I стр. 464. В Пруссии, как и в Саксонии, вопрос о концессиях решается в административно-судебном порядке (Ср. Сакс. зак. § 157,5). Иначе в Баварии (ст. 165) и в Бадене (ст. 117,2), где эти вопросы отнесены к компетенции административных органов. Впрочем, Баварский закон (стр. 177) некоторые вопросы тоже относит к компетенции административного суда.

Право на воду, которое создает концессионный акт, является частным правом *sui generis*. Оно не подходит ни под один из типов вещных прав, известных В. Г. В. Оно не является ни вещным, ни личным сервитутом, так как оно может быть установлено в пользу самого-же собственника на принадлежащем ему водном течении (§ 81), а в отношении посторонних участков оно может быть свободно от каких либо обременений или ограничений прав на них, касаясь лишь фактически причиняемого ущерба. Концессионное право связывается с тем предприятием, для осуществления которого оно предоставлено, и не может быть передаваемо иначе, как вместе с этим предприятием.

Таким же становится и другое право пользования водою, закрепленное в порядке § 86 водного закона. Оно приобретает после этого иной юридический характер. Если оно принадлежит собственнику, то оно превращается после укрепления в самостоятельное право, связанное с определенным предприятием и переносимое вместе с этим предприятием. Если это был личный сервитут (§ 1092 В. Г. В.), то, будучи трансформирован посредством укрепления, он тоже обращается в переносимое право, но с тем ограничением, что это право не будет существовать дольше, чем будет жить его прежний обладатель, так как содержание, объем и длительность права не могут измениться посредством акта укрепления¹⁰¹⁾.

Еще один институт, который введен Прусским водным законом (известный, впрочем, и другим водным законам, но новый с точки зрения прежнего права), — примирительный процесс. Концессии, как правительственный акт конститутивного значения, создают новые частные права, примирительный процесс в административном порядке заменяет существующие права. Подлежат этому процессу только права пользования. Общее пользование не принимается, при этом, во внимание, так как оно не рассматривается, как право, но собственник, даже если он пользуется в пределах общего пользования, может быть участником примирительного процесса, так как он осуществляет пользование, как собственник, по своему праву, а не на основании правил об общем пользовании.

Подпадают под действие примирительного процесса и концессионные права¹⁰²⁾. Если выдано несколько концессий различным органам, то в порядке § 86 они могут согласовать свои интересы. Этим же порядком лица, не воспользовавшиеся правом возражений против концессий, могут добиться пересмотра и сокращения концессионных прав (*reformatio in peius*), но, при условии вознаграждения предпринимателей.

Основной принцип примирительного процесса — это право власти

¹⁰¹⁾ Там-же стр. 467-468.

¹⁰²⁾ Иначе комментарий Wulff und Herold.

по заявлению заинтересованных лиц, в случаях, когда не хватает воды для пользования всех управомоченных, урегулировать объем, время и виды пользования в соответствии со справедливостью и с принятием во внимание потребностей общего пользования.

При недостатке воды и перераспределении ее (Баденский закон, как мы видели, употребляет здесь смелое название „водный передел“), должны приниматься также во внимание публичные интересы, по принципу преимущества наиболее важных с народно-хозяйственной точки зрения предприятий¹⁰³⁾.

4. Водные книги.

В странах с развитым водным хозяйством (Италия, Австрия) водные книги давно известны. Их первоначальным назначением было облегчить техническому и административному персоналу, а затем и заинтересованным лицам ориентироваться в правоотношениях и водных устройствах каждого водного течения.

Вюртембергский закон 1900 г. (ст. ст. 101-105) возложил ведение водных книг на окружные управления, но не придал записям в книги правоустанавливающего значения.

При составлении проекта Баденского закона 1899 г., высказывалось мнение о ненужности водных книг, в виду того, что все правоотношения по воде могут быть выясняемы из вотчинных книг, а параллельное ведение тех и других грозило коллизиями, непроизводительною перепискою и издержками. Составители проекта считали полезным допустить факультативное ведение водных книг для опыта. Но, при прохождении проекта в законодательных палатах, возобладало мнение о необходимости книг и принцип обязательности был принят законом 1899 г. (§ 21, а ныне, по закону 1913 г., § 24).

По Баденскому закону ведение водных книг имеет двоякое значение. Они должны представить фактическую картину водопользования (карта водного течения, со всеми притоками, профилями, уклонами и обозначением важнейших водных устройств, плотин, запруд и пр.), с другой стороны, они дают сведения о существующих правоотношениях. Запись в водные книги не обладает правоустанавливающею силою, равно как и начало достоверности, в отличие от вотчинных записей, не применяется по отношению к этим книгам; здесь допускается только презумпция права, но для проверки и опровержения допускаются все доказательства, а существование права не находится в зависимости от записи¹⁰⁴⁾.

¹⁰³⁾ Holtz-Kreutz В. I стр. 474.

¹⁰⁴⁾ Schenkel стр. 300-304; Wiener стр. 78; у него-же Инструкция о введении в действие закона 12 апреля 1913 г. в гл. IV подробно указывающая, как должны вестись книги, см. стр. 230-236.

Таковы же постановления по этому вопросу и Баварского закона (ст. ст. 196-200)¹⁰⁵).

Шаг вперед сделал в этом вопросе Саксонский закон (§§ 50-53). При составлении его, отчетливо сознавалась полезность ведения водных книг. Объяснительная записка к проекту содержала следующую мотивировку:

Отвечающее практическим потребностям управление водным хозяйством может быть достигнуто только в том случае, если будут приведены в известность и укреплены все существующие правоотношения. Значительная часть прав на пользование водою (напр., плотины) не заявлена администрации и часто те права, которые известны администрации, давно перестали существовать. Для осуществления новых предприятий и для наложения взысканий за нарушение установленных правил представляется необходимым зарегистрировать все права, касающиеся уровня вод, впуска загрязняющих веществ и пр., чтобы каждому, при ознакомлении с записями, могло быть ясно, с чем он должен считаться и как могут быть разрешены коллизии интересов. Для этой цели записи в водных книгах не должны иметь правоустанавливающей силы, достаточно, чтобы они могли служить доказательством.

Однако, закон усилил значение водных книг и в § 50 абз. 5, по поводу юридической силы записей в водные книги, говорится: „то, что внесено в водную книгу, считается правильным, пока не будет доказано противное“.

Таким образом, Саксонский закон впервые придал более серьезное значение записям в водные книги, присоединив к принципу обязательности их ведения принцип презумптивной достоверности¹⁰⁶). Комментируя эту статью, Шелхер придает ей, соответственно общему характеру закона, публично-правовое значение. Запись в книгу определяет отношение к власти, которая не может отрицать утверждения ею или разрешения к. л. пользования, поскольку право на таковое внесено в книги. Но частно-правовая сторона отношения остается незатронутой. Каждое заинтересованное лицо сохраняет право оспаривать запись и приводить доказательства для уничтожения ее юридической силы¹⁰⁷).

Прусский закон в отношении юридического значения водных книг примыкает к системе Саксонского.

Принцип презумптивной достоверности выражен в § 190 Прусского водного закона в тех-же выражениях.

¹⁰⁵) Ср. Инструкцию, приведенную у Еуманн'а стр. 197-209 и приложение IV к ней, там-же стр. 233-253, с образцами записей в водных книгах.

¹⁰⁶) Schelcher В. II стр. 184 сл.

¹⁰⁷) Там-же стр. 190.

Поставив целью записи выяснение и укрепление прав на воду, Прусский закон точно определяет, какие именно права могут быть записаны в водные книги. Ни право собственности на воды, ни вещные обременения, известные гражданскому уложению (сервитуты, залог и др.), ни те права пользования, которые основываются непосредственно на водном законе, не нуждаются в записи в водные книги, так как они находят себе место в вотчинных книгах или легко выясняются и доказываются справками из закона.

Иное дело—различные концессионные права на воду. Они являются своеобразными, по своей юридической природе, вещными правами, и не всегда, как уже указывалось, связаны с правом на земельный участок, составляя принадлежность предприятия. Они возникают, изменяются и прекращаются на основании публично-правовых актов и, следовательно, не имеют прямой связи с системою вотчинных записей. В то же время занесение их в специальные книги укрепляет их силу.

Конечно, собственники могли-бы быть в претензии, если бы их права пользования водами оказывались, таким образом, менее гарантированными, чем права посторонних лиц, концессионеров. Но закон открыл и им доступ в водные книги. Известный уже нам процесс „укрепления“ прав трансформирует их юридический характер, после этого и они могут быть занесены в водные книги и, поскольку при этом выясняются все возражения против заявленного права, оно, по занесении в книги, приобретает новую силу. Его может защищать уже не только собственник земельного участка, как при записи в вотчинные книги, но и другой управомоченный, к которому оно перешло, независимо от прав на участок. А если право основывалось на судебном решении, то оно теперь, по внесении в водные книги, может быть противопоставляемо не только противнику в процессе, но и всякому другому лицу¹⁰⁸).

Кроме прав, в водные книги вносятся и обязанности по содержанию рек, возлагаемые на собственников и пользователей (§§ 182, 189). В этом случае, для обязанных лиц важно точное установление объема обязанностей.

Внесение записей в книги совершается применительно к каждому водному течению или части его. Вносимое право не может быть неопределенным, так что здесь можно видеть своего рода принцип специальности.

Внесение в водные книги создает презумпцию права; но, кроме того, для некоторых прав оно имеет правоукрепляющее значение. Согласно §§ 379-380 Прусского водного закона (переходные правила), не-

¹⁰⁸) Holtz-Kreutz В. I стр. 463.

которые из существовавших ко времени издания закона прав должны были сохранить свою силу еще десять лет, но внесение их в водные книги делало их уже бессрочными. Объясняется это тем, что внесению сопутствует хотя и упрощенный, но все-же процесс проверки и обследования, с принятием во внимание всех возражений. По характеру прав, допускающих согласование (примирительный процесс), принцип старшинства здесь неприменим.

Презумпция права не равносильна с принципом публичной достоверности записей в вотчинных книгах (§ 892 В. Г. В.) Если кто либо добросовестно приобретает право, занесенное в водную книгу, то он не будет пользоваться безусловкою защитой, подобно приобретшему право, внесенное в вотчинную книгу, если окажется, что такое право в действительности не существовало; ему только, как и его предшественнику, облегчена защита, благодаря презумпции. Водные книги обладают лишь относительною достоверностью.

Другое отличие водных книг от вотчинных заключается в том, что запись в водной книге, при коллизии с записью вотчинной, уступает последней в силе. Вотчинные книги имеют преимущество в юридической силе, а водные—только секундарное значение. Это относится как к тому случаю, когда в этих двух разных книгах занесены коллидирующие права, так и к тому, когда в водную книгу внесено право, которое было раньше занесено в вотчинную книгу, но вычеркнуто и потеряло силу в порядке § 891 абз. 2 В. Г. В.

По этой причине, записи в водные книги не обладают и свойством бесповоротности (§ 192 абз. 2 предусматривает последующие изменения и поправки). Не принят здесь и принцип обязательности внесения.

К вотчинным книгам применяется принцип публичности, они доступны всем желающим. По отношению к водным книгам этот принцип применялся в смягченном виде. Баварский (ст. 200), Саксонский (§ 50 абз. 6), Баденский (§ 24 абз. 4) законы приняли принцип относительной публичности: книги доступны лишь тем, кто имеет в том оправдываемый интерес. Прусский же закон (§ 193) принял полностью принцип публичности: „Каждому предоставлен обзор как водных книг и выписок из них, так и тех документов, которые приняты во внимание, при записях. Каждому также предоставляется право требовать заверенные, при желании, выписки из книг“.

Нельзя не отдать предпочтения этой системе, так как она должна способствовать более осторожному отношению к сведениям, которые представляются органам администрации, ведающим внесением в книги, а кроме того помогает более широкому использованию книг, увеличи-

вая их практическое значение. Нельзя отрицать и пользы ведения водных книг, параллельно с вотчинными. Водное хозяйство очень осложняется и требует специальной в нем ориентировки. Водное право приобретает все больше самостоятельности, эмансипируясь от земельного, и для водных книг будет достаточно специального материала, который бы терялся или слишком загромождал вотчинные книги.

5. Право на замкнутые и грунтовые воды.

Как уже указывалось, Прусский закон выделил в особую группу постановления, относящиеся к водам не текучим. Они не входят ни в одну из трех категорий и составляют частную собственность владельцев тех земель, на которых находятся. Собственники могут, по общему правилу, свободно распоряжаться ими. Воды эти не находятся под надзором водной администрации, а интересы, с ними связанные, находят себе защиту в общем судебном порядке. Сюда относятся все виды стоячих вод, а также ключи, грунтовые воды и небольшие каналы, служащие для орошения и не предназначенные служить непрерывности водного течения через ряд владений.

Однако, в отношении этих вод существует ряд специальных ограничительных правил, как в интересах соседей, так и для общей пользы. Закон старается установить здесь компромисс между интересами собственника и интересами посторонними. Так, напр., собственнику не разрешаются такие искусственные изменения стока вод, которые создают излишние обременения для ниже лежащего участка. Но, если это изменение стока вызывается изменяющимися условиями хозяйства, то запрещение снимается (§ 197). Вспашка земли, застройка и т. п. могут вызвать необходимость изменения течения и эта хозяйственная необходимость снимает с собственника лежащее на нем ограничение.

Отступая от обычных правил, происходящих от римской *actio aquae pluviae arcendae*, Прусский закон разрешает задерживать стекающую с выше лежащего участка воду. Так, напр., собственник ниже лежащего участка может вырыть ров на границе своего участка, чтобы помешать стоку (§ 198)¹⁰⁹.

Собственник стеснен в праве спустить воду из пруда или сильно понизить ее уровень (§ 199). Это тоже нововведение, так как раньше подобного ограничения для собственника не существовало. Он не может также засорять или загрязнять воды озера или пруда, если кто-либо имеет право пользоваться ими или если это загрязняет и другие воды. Общее пользование этими замкнутыми водами узаконяется, если

¹⁰⁹) Holtz-Kreutz В. II стр. 9-10. Для некоторых частей Пруссии, где применялось общее право или французское право, § 198 абз. 2 делает исключение.

оно уже существовало раньше и если признается потребность в его дальнейшем существовании¹¹⁰⁾. Здесь мы видим пример возникновения общего пользования в отношении не публичной, а совершенной частной вещи (ср. Бав. зак. ст. ст. 26 и 29).

Несколько специальных правил устанавливает закон относительно грунтовых вод. Собственник не в праве выводить их наружу в большем размере, чем это нужно для его собственных домашних и хозяйственных нужд, если, конечно, таковой вывод причиняет существенный ущерб другим лицам, лишая их возможности пользоваться водою в прежнем размере, вследствие пересыхания источника или понижения уровня вод на их участках. Но лицо, терпящее ущерб, не может претендовать, если ожидаемая от вывода наружу вод польза значительно превышает причиняемый им вред. В этом случае принимаются возможные меры к ограничению причиняемого ущерба и к „справедливому“ возмещению вреда (§ 200).

Хозяину участка не разрешается также задерживать воду подземных течений долины сооружениями, устраиваемыми над землею. Такие сооружения могут преследовать различные цели: питание выше находящихся колодцев, водоснабжение, осушение нижележащего участка. Но этим может быть причинен ущерб другим. Однако, судебная практика признала, что, поскольку собственник делает это частично, при постройке здания, для предотвращения залива шахты и др., его действия не подходят под ограничение § 201¹¹¹⁾.

И здесь мы видим, что если не закон, так практика стараются смягчить ограничения, связывающие собственника, чтобы предоставить ему возможную свободу действий. Все ограничительные постановления водного закона, в отношении замкнутых вод, проникнуты идеей недопущения злоупотребления правом. Там, где действия собственника явно оправдываются хозяйственными нуждами или выгодностью, интересы посторонних отступают на второй план.

Следующий, по очереди, § 202 закона запрещает собственнику косвенное загрязнение вод, благодаря употреблению на земельном участке твердых веществ, вызывающих загрязнение вод, но сейчас же делается исключение для навоза.

Наконец, закон открывает собственнику путь освобождаться и от тех ограничений, которые продолжают висеть над ним, несмотря на все оговорки в законе. Путь этот—получение концессии.

¹¹⁰⁾ Отметим, что едва-ли представилась-бы необходимость закреплять законом фактически существующее общее пользование, если-бы оно не приобретало после этого правовой характер.

¹¹¹⁾ Holtz-Kreutz В. II стр. 37-38.

Обогащая новым материалом теоретическое учение о концессиях (см. ниже гл. IX), Прусский водный закон предоставляет собственнику замкнутых вод или, с согласия собственника, постороннему лицу, право спустить воду озера (пруда) или понизить его уровень, право спуска вод и других жидких веществ, засоряющих или загрязняющих воды, употребления твердых веществ или выбрасывания их в воду, хотя-бы это вызывало загрязнение, вывода наружу грунтовых вод в любом количестве и на любой срок, право преградить подземное течение. Конечно, права эти могут быть получены в концессионном порядке лишь после тщательного изучения всех интересов и экономических последствий предприятия, и если это обследование установит, что с точки зрения общего блага и интересов хозяйства положительные выгоды перевешивают возможный ущерб.

Таково наиболее существенное содержание Прусского водного закона, представляющего из себя целый кодекс (четыреста статей). Он вносит много нового в область гражданского права, на основах которого воздвигает своеобразную постройку смешанной архитектуры. Стилль ее относится столько-же к эпохе индивидуализма, сколько принадлежит будущему, обещающему расцвет социальных начал.

V. ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА НОВЕЙШИХ ВОДНЫХ ЗАКОНОВ.

Конструкция прав на воду в отдельных водных законах. Применение в водном праве общих институтов гражданского права (аренда, залог, сервитуты, а. negatoria, владельческая защита). Своеобразие водного права: меры против „злоупотребления правом“, сопользование, применение идеи „собственность—обязанность“, узаконение общего пользования на частных водах.—Вода, как объект вещных прав. Применение теории Л. И. Петражицкого об объектах права. Значение собственности на воды. Совместимость с другими вещными правами на те же воды (вещные права пользования, права присвоения). Место водного права в системе гражданского и административного права.

Совокупность разнообразных и существенных ограничений и обязанностей, обременяющих права на воды, создает впечатление, что водные законы устраняют исключительные права в области водного хозяйства, но мы видели уже, что это не верно.

Баварский закон 1907 г. признает собственность государства и частных лиц на воды, понимая под последними землю, покрытую стоячею или текучею водою. Публичные воды, согласно Баварскому закону, составляют собственность государства, ограниченную предназначением вод для общего пользования; частные же воды принадлежат государству или частным лицам на несколько иных основаниях: та же собственность, но в меньшей степени ограниченная, в виду отсутствия предназначения вод для общего пользования, которое здесь тоже существует, но не составляет главного назначения.

Саксонский закон 1909 г. оставил в силе те частные права, которые существовали до его издания. Действующему в Саксонии праву наиболее соответствует признание права собственности государства и частных лиц (в зависимости от характера и размера вод) на русло, без присвоения им исключительных прав на пользование водою (кроме замкнутых вод). Русло может принадлежать и не прибрежным владельцам, права которых на воды Саксонский закон вообще ограничил.

Баденский закон определяет права государства и общин на текущие воды, при чем в отношении прав государства близок к Ба-

варскому закону, а в отношении непубличных (общинных)—к Саксонскому. Он определяет право собственности на непубличные, но не замкнутые и не искусственные воды, как право на русло, без исключительных прав на пользование водою. Особенностью Баденского закона в этом отношении является то, что он ограничивает права общин, как собственников вод только земельными правами, а право на воду ограничивает, как общим пользованием, так и признанием прав забрежных владельцев, предоставляя каждому землевладельцу водного бассейна непередаваемое абсолютное право на пользование непубличными водами (принадлежность права на землю). Право на искусственные и замкнутые воды в Баденском законе построены на обычных основаниях частной собственности, простирающейся как на русло, так и на текущую воду, в смысле исключительных прав собственников на все виды использования воды, с устранением посторонних претендентов.

Наконец, Прусская водный закон 1913 г. окончательно рассеивает впечатление о невозможности цивилистических конструкций права на воды, подчиняя все категории вод праву собственности и последовательно применяя эту конструкцию, несмотря на признание всех тех ограничений на пользу общую, какие представляются необходимыми при современном интенсивном водном хозяйстве.

Из изложения отдельных германских водных законов видно, однако, что если наиболее широко проводящий публично-правовые начала в водном праве Баденский закон не устраняет все же из него цивилистических начал, то, зато, и наиболее частно-правовой по своей концепции Прусская закон не повторяет избитых шаблонов.

Ограничения, связанные с предназначением некоторых водных течений служить общему пользованию и вызывающие неотчуждаемость и незалогоспособность их, не устраняют применения общих начал гражданского права, даже когда собственность на воды признается публично-правовую¹¹²⁾.

Этими началами определяются правоотношения собственника к третьим лицам во всех случаях, когда водный закон не устанавливает специальных норм и не исключает какие-либо виды пользования и распоряжения. Так, например не вызывает сомнения возможность предоставления прав на воду в арендное пользование третьим лицам. На арендных условиях могут быть передаваемы не только права пользования, связанные с собственностью на земельный участок, но и самостоятельные независимые от прав на землю, права на пользование водою.

Все не причисляемые к публичным воды могут быть предметом залога, вместе с мельницами, фабриками, приспособлениями

¹¹²⁾ Ср. Schenkcl—Bad. W. r. стр. 40, стр. 297 сл.

для использования водной энергии. В этом случае применяются все правила, относящиеся к записям в ипотечные книги.

На общих основаниях устанавливаются на воды реальные сервитуты, как-то: право на вывод воды или устройство запруды. Взаимоотношения лица, обладающего подобным правом, с третьими лицами, насколько они выражаются в действиях управомоченного и запрещении действий третьих лиц, а также касаются доступа на чужой участок и пользования чужим имуществом (доступ на чужую землю, право рыть землю, устанавливать леса и пр.)—также определяются общими гражданскими законами. В частности, и здесь применяются правила о внесении в вотчинные книги.

Равным образом, могут быть устанавливаемы и личные сервитуты на право пользования водою, но практически чаще устанавливаются особого рода права пользования (напр., право устройства купальни). Эти права отличаются от реальных сервитутов тем, что не связаны с обладанием каким-либо участком, а от личных сервитутов тем, что могут быть передаваемы другим лицам, а также могут быть обременяемы правами в пользу других лиц, служебностями, залогом и пр. (отступление от правила *servitus servitutis esse non potest*)¹¹³).

Все эти выводы о применимости в водном праве институтов аренды, залога и сервитутов—являются конечно, только последствием признания водными законами (в большем или меньшем объеме) собственности на воды. Право собственности открывает все не противоречащее общему и специальному закону виды пользования, распоряжения, присвоения, и дает, в подлежащих случаях, необходимые средства защиты (*a. negatoria*)¹¹⁴).

¹¹³) См. выше прим. 54; ср. §§ 1012 сл. В. G.B. (Erbaurecht).

¹¹⁴) Подробный обзор всех последствий признания права собственности на воды составляет обычно содержание многочисленных докторских диссертаций (т. н. Inaugural Dissertationen) в Германии, посвящаемых исследованию вопроса о собственности и других частных правах на воду.

См. G. Kaisenberg, Das Recht an öffentlichen Flüssen nach römischem und deutschem Recht, München 1908; J. Dynnebier, Bewässerungsanlagen nach bayerischem Recht Nürnberg 1909; K. Gatterbauer, Das Recht am öffentlichen Wasser nach altem und neuem bayerischen Recht, Erlangen 1909; F. Feil, Das Eigentum an öffentlichen Gewässern in der Wassergesetzgebung speziell in der bayerisch. Speyer 1910; A. Köhler, Das Eigentum des Staates an den öffentlichen Gewässern in Bayern, Borna-Leipzig 1910; K. Hornstein, Die rechtliche Natur der Wasserbenützung, Borna-Leipzig 1910; O. Decker, Die Rechtsverhältnisse der geschlossenen Privatgewässer nach dem bayerisch. W. g. B. Leipzig 1914; H. Sieglitz, Das Recht der öffentlichen Gewässer in Hessen 1912; C. Basten, Die Rechtsverhältnisse bei der Wassernutzung zu Triebwerken an Privatflüssen, Geilenkirchen 1912; H. Neumann, Privatrechtliche Studien zur neuen Wassergesetzgebung Preussens u. Badens Freib. 1913; J. Heppner, Das Quellenrecht in der neueren deutschen Wassergesetzgebung, Münch. 1914; O. Marquard, Die öffentlichen Wassergenossenschaften des neuen bayerischen Wasserrechts Nürnberg. 1910; K. Dalibor, Die W. genossenschaften nach preussischem Recht, Breslau 1912; F. Schuster, Beiträge zum Recht der Fischerei-Genossenschaften nach dem Fischerei-Gesetz v. 15 Aug. 1908, Würzburg 1911; W. Dehms, Wassergrundstück u. Fischereirecht im öffentlichen Fluss nach preussischem Recht. Potsdam 1912.

Признание частных прав на воду (собственности, сервитутов и др.) создает необходимость и владельческой защиты¹¹⁵⁾.

Поскольку дело касается защиты фактического обладания правом, относящимся к числу публично-правовых и подлежащим компетенции административных органов, эта защита может быть предоставляема только последним, но в остальных случаях применяются общие правила о владельческих исках.

Отмечая, таким образом, связь водного права с различными институтами гражданского права, мы считаем, однако, что интерес, которого заслуживает водное право, заключается не в том, что сближает его с общими институтами, а в том, что составляет его своеобразие.

Вещные права на воду, какие допускаются и могут существовать по закону, подвергаются несравненно большим ограничениям, чем те, которые известны гражданским кодексам. Водные законы не допускают, напр., „бесполезной“ траты воды и „произвольно неравномерного пользования ею“ (ст. 66 Бав. зак.). Собственник не в праве выводить наружу грунтовые воды в большем размере, чем это нужно для его собственных домашних и хозяйственных нужд, если таковой вывод причиняет ущерб другим лицам (§ 200 Прусского закона). Подбор таких ярко выраженных особенностей в водном законе можно видеть в проекте саксонского водного закона (эта же глава, отд. III, 1).

Специальные постановления водных законов шире, чем соответствующая статья Германского Гражд. Улож. (§ 226) о „злоупотреблении правом“: для урегулирования правоотношений по водопользованию недостаточно субъективного критерия (шиканы), на котором построена указанная статья¹¹⁶⁾. Германские водные законы не довольствуются общим постановлением гражданского уложения о злоупотреблении правом именно потому, что они не хотят допустить нерационального расходования воды, преследуя цель, „чтоб и другие могли извлечь наибольшую выгоду из пользования водою“, (Бад. зак. § 14 п.

¹¹⁵⁾ Ср. гл. VI in fine (прим. 33)—владельческая защита прав на воду во Франции.

¹¹⁶⁾ Другое толкование § 226 В. Г. В. (объективный критерий) не соответствует ни намерениям законодателя, (ср. историю § 226 у *Hedemann'a*—*Die Fortschritte des Zivilr. im XIX Jahrh. 1. Th.* 1910 г. стр. 125 сл.) ни практике, как это можно видеть из комментированных изданий германского гражданского уложения. Объективная теория представляется нам неприемлемою и *de lege ferenda*, так как институт злоупотребления правом, при отсутствии предпосылок преднамеренного причинения другим вреда, расширятся-бы до безграничности, захватывая и такие явления, как высокий процент, нецелесообразное (объективно) задержание и др. Та же цель предупреждения нецелесообразных и вредных для третьих лиц поступков и действий лучше достигается рядом специальных законоположений (ростовщичество, обязательная доля, ограничения родительской власти); помимо того, постановление о недопустимости злоупотребления правом, исходящее из объективного критерия, вполне уместно в специальных законах, так как здесь не применимо распространительное толкование. Таким и является соответствующее постановление водных законов.

1), независимо, следовательно, от того, желает-ли лицо, бесполезно тратящее воду, причинить вред другим (суб'ективный критерий) или вред причиняется непроизвольно (об'ективный критерий).

Вода представляет из себя, по идее новых законов, настолько важное благо, что никто не должен пользоваться ею так, чтоб мешать другим. Неиспользованная управомоченными лицами вода может быть предоставлена администрацией другим, когда это обещает значительную в экономическом отношении пользу¹¹⁷⁾.

Если без вреда для одного пользователя, другой может извлечь для себя пользу, присоединившись к первому для совместного пользования одними и теми же устройствами, то и это принудительное сопользование допускается. В Баденском законе это поставлено особенно широко в отношении плотин и вододействующих сооружений (§ § 33 и 34). Здесь вмешательство в сферу чужого хозяйства идет так далеко, что допускается даже переделка чужого предприятия в целях его улучшения. Постановления о сопользовании заключаются и в Прусском законе¹¹⁸⁾.

Современное водное право выражает, таким образом, новый принцип, который может быть формулирован следующим образом: „никто не имеет права на воду, которою в действительности не пользуется, а каждый, кто может и желает пользоваться водою, имеет правопритязание на предоставление ему пользования“.

Если в постановлении о предоставлении излишней (неиспользованной) воды сказывается старая идея недопустимости исключительных прав на текущую воду (*usus communis aquarum est*)¹¹⁹⁾, то в отношении водных сооружений это уже завоевание нового времени: здесь проявляется очень смелая идея, которая при господстве частно-правовой системы хозяйства, может быть проведена в жизнь только в исключительных случаях—право собственника склоняется перед явной экономической целесообразностью. Устанавливаются новые границы собственности: там, где сооружение, принадлежащее одному лицу, может быть более полезно в народно-хозяйственном отношении, если его использует и другое, или если это сооружение будет улучшено другим, там собственник обязан уступить соображениям экономической целесообразности и допустить третье лицо к сопользованию или позволить ему улучшить сооружение. Если-бы этот принцип вышел за пределы водного права, он перевернул бы всю современную хозяйственную систему.

¹¹⁷⁾ См. выше (Гл. VII, 1, 1) ст. 157 Бав. зак.

¹¹⁸⁾ См. выше прим. 92 и текст; ср. также J. Dynnebier, Die Bewässerungsanlage nach Bayerischem Recht, стр. 69, 74.

¹¹⁹⁾ См. приведенные в гл. I (1) стихи. Овидия.

Столь-же революционным представляется другой принцип, выраженный Прусским водным законом относительно содержания в порядке запруд. Собственник запруды до такой степени опутан различными обязанностями¹²⁰), что они поглощают или, во всяком случае, скрывают под собою его право. Собственность становится здесь (во славу Дюги!) подлинною социальною функциею. Если-бы и здесь выйти за границы водного хозяйства и продолжить применение подобного принципа, то пришлось-бы составить целый кодекс обязанностей собственников различных предприятий, чего, как известно, частно-правовой строй не делает.

Превращение права собственности в обязанность—это более революционная идея, чем даже „водные переделы“, которые известны Баварскому и Баденскому водным законам и которые существуют в Саксонском и Прусском водных законах, скрываясь в более мягкой форме „примирительного процесса“. Существо этих институтов заключается в возможности перераспределения вод (*justitia distributiva*), для согласования интересов водопользователей одного бассейна, связанных фактическими условиями. Это начало, которое было-бы революцией в применении к другим вещам, оправдывается в отношении текущих вод уже указанною особенностью их: они обобществлены от природы (*Gemeingut Aller*).

Новые водные законы (Баденский, Прусский) еще более расширяют обобществление вод, подвергая соответствующим ограничениям владельцев источников и пользователей грунтовых вод¹²¹).

Общее пользование распространяется и на частные воды, и, притом, не только фактически, но и юридически: Прусская закон узаконяет общее пользование замкнутыми водами, когда признается потребность в его укреплении¹²²).

Таким образом, понятие предметов общего пользования выводится за границы учения о публичных вещах.

Если закон¹ не заменяет индивидуального носителя прав коллективным и не проводит обобществления в прямом смысле, но, все же, содержит в себе множество ограничений в интересах определенного круга лиц или, как это мы видели в Саксонском законе (§ § 40, 41), уполномочивает власть, по соображениям „общего блага“, лишать собственника права на некоторые виды пользования его водами, то, можно говорить, что закон этот проводит тенденцию обобществления. Подобный закон расчищает почву для более радикальных мер.

¹²⁰) См. выше эту же главу, отд. IV, 2 Прусс. зак. § 99 (Текст между прим. 92 и 93)

¹²¹) См. текст к прим. 55 и 111.

¹²²) Ср. выше прим. 110 (Прусс. зак.), прим. 34 (Сакс. зак.).

Таковы, именно, водные законы Германских государств. Они узаконяют некоторые преимущества береговых владельцев в отношении пользования водою, но подвергают их существенным ограничениям; обязывают предоставлять другим лицам все необходимые виды участия в пользовании, как водами, так и землями (частью без вознаграждения, частью с вознаграждением владельцев) и открывают возможность даже принудительного сопользования. К этому следует еще присоединить широкое применение в водном праве принудительного отчуждения.

Обзор действующих в Германии водных законов подтверждает еще раз правильность и жизненность конструкции права на воды, которая намечена была выше, сначала теоретически (гл. IV, и V), а потом на основании изучения французского закона (гл. VI).

Собственность на пространство, покрытое текучею водою, может принадлежать как государству, так и частным лицам. В обоих случаях она, несмотря на подчинение общему пользованию, остается обыкновенною частною собственностью с характерным для нее неопределенным потенциалом различных видов хозяйственного использования вещи.

Этого рода конструкция вызывала сомнения, главным образом в силу особых свойств текучей воды и трудности нахождения объекта прав на воду, особенно при наличии разных прав у нескольких лиц.

Объектом вещных прав вообще являются не вещи, а действия, которые могут быть совершаемы в отношении вещей¹²³). Собственник уполномочен на совершение различных действий по его усмотрению, но государство может ограничивать круг возможных действий собственника, либо обуславливая некоторые из них необходимостью специальных разрешений (контрольные функции)¹²⁴), либо устанавливая исключение некоторых действий из круга правомочий частных лиц и предоставляя их в качестве особого права, основывающегося на специальном правоустанавливающем публично-правовом акте (*Verleihung*) государственной власти (распорядительные функции).

Так, напр., Саксонский законодатель, особенно ясно в забракованном проекте (выше II, I), но также и в получивших утверждение нормах, рассматривает многие права пользования водою не как права, вытекающие из собственности на берега и русло, а как самостоятельные, обоснованные разрешением власти или специальными основаниями.

¹²³) Л. И. Петражицкий, Теория права, т. II стр. 442-444.

²⁴) То, что в германских законах носит название *Genehmigung* или *Erlaubniss*. Ср. выше прим. 15 и 17).

Прусский закон, наиболее отчетливо проводящий конструкцию частной собственности на воды, исходит вполне основательно из того, что собственность открывает возможность всестороннего использования и ее значение заключается именно в этой неопределенности потенциала. Собственность не теряет, поэтому, смысла, если отдельные виды пользования ограничиваются или исключаются из круга полномочий собственника. Прусский закон, как и другие, несмотря на признание права собственности на воды (в смысле права на совершение всевозможных, не определенных заранее видов пользования и распоряжения текучею водою), знает систему предоставления особых прав на концессионных началах. В самом деле, собственность на лес не прекращается от того, что кому-либо предоставляется право охоты, собственность на землю продолжает существовать, если из нее исключается право на недра. Подобно этому и право собственности на воды (землю, покрытую текучею водою), открывающее возможность разнообразных видов пользования как землею (ложем реки), так и водою, не затрагивается тем, что кому-либо предоставляется отдельно право рыбной ловли, вывода воды для орошения или пользования водною энергиею.

Права, предоставляемые в особом порядке, имеют свои преимущества. Они даются на известных условиях, но, зато, точно определяются и гарантируются от отмены и ограничений. Поэтому, мы видим в Прусском законе оригинальный институт трансформации прав, а именно—укрепление эвентуальных полномочий собственника, заключающихся в его общем праве, посредством превращения их в специально-признанные властью полномочия, которые получают после этого самостоятельное существование.

Учение об объектах прав, как о действиях, находит в водном праве много убедительных подтверждений своей правильности¹²⁵).

Текучая вода, как вещь, совершенно непригодный объект: она меняется так быстро, что достаточно нескольких моментов, чтобы можно было потерять то, что было, и приобрести нечто новое. Справедливо говорит Гераклит о текучей воде, что „нельзя два раза погрузиться в одну и ту же воду“. Между тем, понимая под объектами права действия и, в частности, под объектами вещных прав—действия, имеющие, в качестве модальности, определенный предмет, мы не встречаем затруднений для конструкции права собственности на воды, заключающей в себе возможность различных действий как в отношении земли, так и в отношении воды, по ней протекающей (модальностью является земля

¹²⁵) Наглядную иллюстрацию в этом отношении представляет также авторское право, природу которого можно понять только уяснив, что объектом его является совершение различных действий. Сюда же относятся и различные монополии.

покрытая текучею водою, а объектом—действия одних лиц и терпения или воздержания других).

Если некоторые из возможных действий исключаются законом, мы говорим об юридическом ограничении собственности, если такие же действия предоставляются и другим лицам, то собственность ограничивается только фактически, но, наряду с нею, возникают новые специальные или "особые" (как часто говорит закон) права, существующие параллельно, но не исключające одно другое даже в том случае, если эти права пользования устанавливаются в качестве вещных прав пользования, имеющих *prima facie*, тот-же самый объект, который принадлежит и собственнику этих вод.

Лицо, получающее право выводить из реки воду для орошения и лицо, имеющее право устройства на той-же реке вододействующих сооружений, обладают различными правами, с различными объектами (действиями), хотя и касающимися одного и того-же предмета (территории, покрытой текучею водою).

Лица, обладающие одинаковыми правами на одну и ту же вещь, напр., вывода из нее воды для орошения, обладают самостоятельными правами, имеющими каждое свой объект, но фактически они могут мешать друг другу (коллизия интересов). Это вызывает вмешательство власти, для урегулирования пользования.

Таким образом, помимо собственности на воды, водное право знает ряд разнообразных прав пользования, обычно вещных прав *sui generis*, переносимых и отчуждаемых (право ирригации, мельничное и пр.). В числе этих прав могут быть и такие, которые относятся существующею систематикою к правам присвоения (право рыбной ловли, право на гальку, камыш и пр.). Но неправильно было-бы относить к правам присвоения такие права, как вывод воды для орошения, пользование водною энергиею и др., так как право присвоения создает собственность на присвоенный предмет, между тем, как специфическим содержанием ирригационного права и права на водную энергию являются определенные виды пользования, не превращающиеся в свойственные собственности неограниченные и неопределенные полномочия.

Водное право, как оно сложилось в современном законодательстве, требует себе особого места в системе. Нецелесообразно втискивать его в узкие формы принятой систематизации, в ущерб своеобразию новых институтов.

Система „водных книг“ должна найти себе особое место на ряду с вотчинными книгами.

В учении о вещных правах, к которым мы относим и право присвоения, должно быть отведено место особым видам вещного права:

горному, лесному и водному, которые завоевали уже особое место в законодательстве, полны особенностей, вследствие влияния на них публичного права, и представляют целую систему норм, в основе которых лежат вещные права присвоения и своеобразные абсолютные права пользования.

Разумеется, это не исключает необходимости в специальном рассмотрении водного права и специальном месте для него также и в курсах административного права, где, в отделе хозяйственно-административного права, должны быть освещены публично-правовые элементы водного законодательства.

Водное право не может освободиться от этой двойственности, которая неизбежна там, где частное право грозит затронуть чувствительные интересы общественного целого.

ГЛАВА VIII.

ВОДНЫЕ ТОВАРИЩЕСТВА.

1. Развитие законодательства о водных товариществах. Цели организации их. Добровольное и принудительное начало организации. Синдикальные товарищества во Франции. Свободные и публично-правовые товарищества в законах второй половины XIX в. Переход новейшего законодательства к публично-правовому типу. 2. Публично-правовая природа водных товариществ. Особенность организации (реальное основание). Правоспособность. Виды товариществ по современному законодательству. Возникновение. Устав (его содержание и утверждение). Правление. Право членства. Принудительное присоединение и право на принятие. Выход и исключение из товарищества. Изменение устава. Прекращение деятельности. Надзор и полномочия власти в отношении водных товариществ. Другие проявления публично-правовой природы их. Отношение института к гражданскому праву.

Непосильность для отдельных лиц осуществления и содержания крупных водных сооружений издавна вызывала необходимость коллективных действий. Помимо того, что подобные сооружения не могут быть делом отдельных лиц, они затрагивают и обслуживают, обыкновенно, интересы многих, хотя-бы были начаты немногими.

Одним из старейших типов общественной организации этого рода считаются немецкие союзы, создававшиеся для совместного осуществления работ по содержанию дамб, ограждающих от наводнений (Deichverbände), и, в связи с ними, организации для содержания шлюзов и водоотводных канав (т. наз. Sielverbände).

История водных товариществ как-бы иллюстрирует постепенное расширение самого водного хозяйства. По мере того, как появлялись новые задачи и приемы мелиорации и улучшалась техника содержания вод, расширялись и цели организаций, получивших название водных товариществ¹⁾.

¹⁾ Conrads Handwb. der Staatswissensch. Довоенное издание т. VII, статьи проф. Anschütz'a, Wassergenossenschaften u. Deichwesen. Более подробные сведения в комментариях к отдельным германским и др. водным законам.

1. Развитие законодательства о водных товариществах.

Возникновение водных товариществ связывалось сначала, по преимуществу, с орошением и осушением земель. Каждая оросительная канава, кем либо выведенная, приносит различные выгоды тем, через чьи земли она проходит. Посторонние участвуют в выгодах, которые они не создавали. С другой стороны, они могут затруднять содержание этого канала, которым сами пользуются, возлагая бремя всех расходов на одно лицо.

Но может быть и другое явление. Выведенные для орошения воды могут затрагивать интересы других владельцев и с отрицательной стороны, уменьшая количество воды в водном источнике или препятствуя другим к проведению оросительных каналов.

То же явление наблюдается и при осушении. Дренажная канава вбирает в себя воды тех участков, через которые она проходит, и может, таким образом, служить на пользу тем, кто совершенно не участвует ни в ее сооружении, ни в ее содержании. Она может, с другой стороны, подвергать опасности заболачивая, загрязнения или подтопа даже отдаленные участки, расположенные в том-же бассейне.

Возможно-ли возлагать на одного предпринимателя бремя не только осуществления и содержания предприятия, но и возмещения всех убытков, какие оно может причинить?

Чем крупнее масштаб задуманной мелиорации, тем больший круг интересов она затрагивает и тем настоятельнее необходимость солидаризировать всех заинтересованных лиц и объединить их в одну коллективную организацию, для совместной работы и справедливого распределения издержек, соответственно выгодам каждого отдельного участника.

Вопрос осложняется еще тем, что почти все виды искусственного использования вод затрагивают и общественные интересы. Все особенности водного права, яркая общественная его окраска, порою прямая социализация вод, являются последствием того, что водное хозяйство, по природе своей, выходит почти всегда за пределы частного. То оно связано с интересами судоходства и сплава, то затрагивает интересы водоснабжения, то отражается на общественной санитарии. Правительство или само должно осуществлять все предприятия, представляющие такой большой общественный интерес, или должно взять под свой контроль деятельность частных предприятий. Но этого мало. Общественная инициатива может оказаться совершенно недостаточною или может встречать противодействие в группе инертных и своекорыстных владельцев, не желающих присоединиться к полезному начинанию либо рассчитывающих воспользоваться выгодами, не участвуя в расхо-

дах. Возникает вопрос о принудительном привлечении участников или об осуществлении работ за счет государства. Правительство не может взять на себя производство тех работ, которые обслуживают сравнительно узкий круг населения, не привлекая к материальному участию в предприятии непосредственно заинтересованных лиц. Иначе на все государство падал-бы расход необщегосударственного значения, происходило-бы неравномерное распределение тягот. Но, с другой стороны, было-бы несправедливо возложить на местное население расходы, связанные с обслуживанием и общегосударственных нужд. Поэтому, наряду с принудительным привлечением участников, возможно частичное участие в деле и государства или общин.

Таким образом, история водных товариществ, наряду с расширением круга задач, для которых они создаются, раскрывает нам процесс поглощения этих организаций публичным правом²⁾.

Помимо орошения и осушения, уже законы второй половины XIX в. признают и ряд других оснований возникновения водных товариществ. Так, напр., французский закон 21 июня 1865 г. о синдикальных товариществах³⁾, с изменениями, внесенными в него законом 22 декабря 1888 г. в ст. 1 определяет:

„Синдикальные товарищества заинтересованных собственников могут быть образуемы для выполнения и поддержания работ:

1. По защите против моря, судоходных и несудоходных рек и потоков.
2. По очистке, углублению, спрямлению и регулированию каналов и несудоходных и несплавных вод, а также осушительных и обводнительных канав.
3. По осушению болот.
4. По сооружениям и работам, необходимым для эксплуатации солончаков.
5. По оздоровлению сырых и нездоровых земель.
6. По оздоровлению городов, предместий, местечек, сел и деревень.
7. По проведению, расширению, продолжению и мощению публичных дорог и по всяким улучшениям, имеющим общественный интерес, в городах, предместьях, местечках, селах и деревнях.

²⁾ Законы о водных товариществах второй половины XIX в. были переведены на русский язык С. Лопатиным и изданы в 1904 г. Отделом Земельн. Улучшений.

Из новейших законов на русском языке имеется только перевод Баварского закона (ред. В. Нечаева, Спб. 1909.)

³⁾ См. выше гл. VI прим. 31. Синдиками называются в этих товариществах члены Правления, синдикатом—собрание лиц, осуществляющих управление (ст. 1 декрета 1894 г.). Синдикальные товарищества—учреждения, осуществляющие работы, которые представляют коллективный интерес и приравниваются, по своему значению, к общественным работам, но с тою особенностью, что они представляют выгоду для участников товарищества (Hauriou p. 770 s.s.).

8. По орошению и осушению (colmatage).

9. По дренажу.

10. По устройству эксплуатационных путей и по всяким сельскохозяйственным улучшениям, представляющим коллективный интерес“.

Прусский закон 1-го апреля 1879 г. об образовании водных товариществ определял цели их учреждения довольно скромно: „для пользования водами и содержания их, для осушения и орошения земельных участков, для укрепления берегов, для устройства, использования, а также для содержания водных течений и водоемов, для устройства и улучшения водных (сплавных) путей и сооружений для судоходства“.

Баденский закон 13 февраля 1851 г. предусматривал водные товарищества лишь для целей орошения и осушения и не подвергся в этом отношении существенным изменениям законами 1876 и 1882 г. г. Только закон 1899 г., сохранивший в этой части свою силу почти без всяких изменений и по закону 1913 г.⁴⁾, определил объем целей учреждения водных товариществ уже значительно шире, близко к Французскому и Прусскому законам.

Наиболее широко определены цели учреждения водных товариществ в новейшем Прусском законе 1913 г.

§ 206 этого закона заключает в себе следующий перечень целей, для которых могут быть учреждаемы водные товарищества:

„1. Для содержания в порядке водных течений второй и третьей категории и для работ по улучшению этих течений или стока высоких вод.

2. Для содержания берегов водных течений, а равно для работ и сооружений на берегах, с целью улучшения водного течения или стока полых вод или же для защиты береговых и забрежных участков;

3. Для содержания вод в чистоте;

4. Для осушения или орошения участков и для содержания осушительных или оросительных устройств;

5. Для культивирования топей и содержания устройств для этого предназначенных;

6. Для приспособлений и для работ на водных течениях второй и третьей категории и на их берегах для целей, непредусмотренных в п. п. 1-5⁵⁾);

7. Для содержания и работ на естественных водных течениях

⁴⁾ Наряду с сельскохозяйственными интересами Баденский закон 1913 г. ставит и индустриальные, а наряду с утверждением различных предприятий упоминает и концессионные. Этим и исчерпываются изменения в главе о водных товариществах.

⁵⁾ Имеется в виду—водоснабжение, отвод фабричных вод и пр. (Holtz-Kreutz В. II, стр. 66).

первой категории, как равно для работ на их берегах для целей, не предусмотренных в п. 2;

8. Для открытия и поддержания судоходства и сплава на водных течениях, как равно для устройства и содержания новых водных путей и других приспособлений для судоходства;

9. Для устройства, содержания и пользования запрудами;

10. Для устройства, содержания и использования приспособлений для водоснабжения, поскольку они не подходят под упомянутые в п. 9;

11. Для устранения препятствий к стоку полоной воды;

12. Для устройства водоемов в местах зарождения водных течений;

13. Для собирания средств в случаях, предусмотренных в § 174 1 и 2⁶);

14. Для искусственного поднятия берега или вычерпывания на берег земли из реки в целях сельскохозяйственного использования берега“.

Этот подробный перечень, заключающий в себе, *prima facie*, повторения, находится в тесной связи с другими постановлениями закона, определяющими условия принудительного привлечения членов товариществ.

Как уже указывалось, добровольное объединение всех заинтересованных лиц в водные товарищества, далеко не всегда достигалось. Общепользность различных устройств и предприятий требовала, с другой стороны, их осуществления. Поэтому, государство издавна было заинтересовано в создании организаций, которые могли бы выполнять эти работы принудительно. Деревенская община представляла собою наиболее подходящую для этого организацию, осуществлявшую раскладку денежных сборов и распределение повинностей по осуществлению работ (исторически предметом первых коллективных работ на водных течениях было сооружение и содержание плотин). Но общины, ограниченные географически и административно, не всегда совпадали с кругом заинтересованных лиц и требовались союзы другого типа.

Водные законы (Прусский 1843 г., Баварский 1852 г., Баденский 1876 г., Французский 1865 и 1888 г.) пробовали разрешить эту задачу, поощряя частную инициативу для создания добровольных водных товариществ и ограничивая применение принудительности. Так, например, указанные законы Баварский и Баденский ограничивали применение принудительности только к оросительным и осушительным предприятиям и требовали согласия квалифицированного большинства.

⁶) В § 174 говорится об участии в расходах на работы, предпринимаемые для обеспечения нормального водного течения.

Французский закон 1865 г., а затем Австрийский 1869 г., Прусский и Вюртембергский законы 1879 г. предусматривали два вида водных товариществ: свободных и принудительных или подконтрольных (autorisés). Ст. 5 Французского закона гласит: „свободные синдикальные товарищества образуются без вмешательства административной власти“. Относительно же второго вида товариществ говорится (ст. 9), что здесь товарищество может быть образовано лишь с разрешения, а иногда и по инициативе мэра или префекта.

Принудительная власть префекта ограничена. В некоторых случаях он может заставить присоединиться к товариществу, лишь когда уже имеется квалифицированное большинство.

Выше уже цитировалась ст. 1 Французского закона, перечисляющая цели создания синдикальных товариществ. „Для работ, перечисленных в пунктах 1, 2, 3, 4 и 5 статьи 1-й, префект разрешает товарищество в том случае, если за образование его высказалось большинство заинтересованных лиц, представляющих не менее $\frac{2}{3}$ площади земель, или $\frac{2}{3}$ заинтересованных лиц, представляющих более половины означенной площади.

Для работ же, перечисленных в пунктах 6, 7, 8, 9 и 10 той же статьи, префект может разрешить товарищество лишь в случае согласия $\frac{3}{4}$ заинтересованных лиц, представляющих более $\frac{2}{3}$ площади земли и платящих более $\frac{2}{3}$ поземельного налога с недвижимых имуществ, или $\frac{2}{3}$ заинтересованных лиц, представляющих более $\frac{3}{4}$ площади и платящих более $\frac{3}{4}$ поземельного налога с недвижимых имуществ“. (Ст. 12).

Вошедшее в силу постановление префекта (закон представляет месячный срок на обжалование) становится обязательным для всех участников, в том числе и для привлеченных помимо желания. Обязательные взносы или пай взыскиваются по спискам, утверждаемым префектом также, как и прямые налоги (ст. 15). Собственникам, не согласным с проектом работ, предпринимаемых товариществом, предоставляется отказаться от своих земель, „уступить за вознаграждение принадлежащие им и входящие в район деятельности товарищества земли“ (ст. 14).

Точно также Австрийский закон 1869 г. предусматривал два вида водных товариществ: „для выполнения водных сооружений, имеющих целью защиту земельной собственности или регулирование течения вод, а также для осушительных и оросительных устройств могут быть образуемы водные товарищества, по свободному соглашению заинтересованных лиц или по решению большинства их, в силу распоряжения подлежащей административной власти“. (§ 52).

Прусский закон 1879 г. о водных товариществах именует товарищества, возникающие путем соглашения „свободными“ (freiен)

товарищества, возникающие по постановлению правительственной власти, „публично-правовыми“ (öffentlich). Эти последние подчиняются правительственному надзору. Обязанность взносов в пользу товарищества приравнивается к общим государственным повинностям (§ 52 абз. 3) и, в некоторых случаях, допускается принудительное привлечение участников⁷⁾.

Таким образом, сложилась система законодательства о водных товариществах „свободных“, возникающих по добровольному соглашению частно-правовых и, затем, принудительных, поднадзорных и публично-правовых по своей юридической природе.

Но опыт подтвердил всю безнадежность расчетов на возникновение частно-правовых, добровольных водных товариществ. Приведенные в обзоре А н ш ю т ц а⁸⁾ цифровые данные свидетельствуют, что частные организации водных товариществ терялись в числе прочих, организованных с применением принудительного начала, и, сверх того, обнаруживали недолговечность. В виду этого новейшие водные законы (Бадена, Гессена, Вюртемберга, Баварии, Саксонии, Пруссии) отказались от частно-правового типа и приняли форму только публичных водных товариществ, с непосредственным участием административной власти в надзоре за их деятельностью и с применением принудительных начал в отношении не желающих присоединиться или подчиниться мероприятиям товариществ, направленным на улучшение водного хозяйства.

Формы возникновения и прекращения водных товариществ по новейшим законам, организация, деятельность их, отношения к частным лицам и государству носят всецело публично-правовой характер.

7) § 65. Несогласные на вступление во вновь образуемое товарищество для осушения или орошения земельных участков собственники земель, включение коих в предприятие представляется необходимым, могут быть к тому принуждаемы:

- 1) если предприятие преследует цели улучшения земледелия,
- 2) если оно может быть целесообразно выполнено лишь при распространении его на земельную площадь, состоящую в собственности лица, отказывающегося от вступления в товарищество, и
- 3) если за предприятие высказалось большинство заинтересованных лиц. считая таковое большинство по площади и оценочному чистому доходу с затрагиваемых предприятием земельных участков.

В голосовании, упоминаемом в п. 3, могут участвовать лишь собственники затрагиваемых предприятием участков.

Относительно таких земель, для которых предприятие не обещает повышения доходности, или особый способ использования которых представляет для собственника большую выгоду, чем имеющееся в виду, вследствие выполнения предприятия, улучшение, принуждение ко вступлению в товарищество не допускается.

8) Handwörterbuch B. VII, стр. 673-74 по довоенному изданию (см. прим 1): в выходящем ныне новом издании словаря обзор водного хозяйства и водного законодательства оставлен для дополнительного тома, который ко времени печатания настоящей работы еще не вышел.

2. Публично-правовая природа водных товариществ.

Юридическая природа водных товариществ та же, что и больничных касс, ссудо-сберегательных товариществ в официальных учреждениях (с обязательным участием служащих), и сословных или чиновничьих организаций, осуществляющих общепользные предприятия. Все эти организации пользуются правами юридических лиц, но деятельность их построена на публично-правовых основаниях, на начале власти и подчинения, с некоторою долей самостоятельности и самоуправления⁹⁾.

Состав членов водного товарищества определяется по реальному, а не персональному признаку. Членом является собственник земельного участка (или, по смыслу новых законов, предприятия), заинтересованный в осуществлении известных работ. При перемене собственника, новый механически заменяет прежнего. В этом заключается особенность водных товариществ, отличающая их, по характеру организации, от других публично-правовых товариществ (больничных, страховых и пр.), которые строятся, как обычно, по персональному принципу (они являются *Realgenossenschaften* в отличие от *Personalgenossenschaften*). Водные товарищества не могут быть организованы иначе, как по реальному (имущественному) принципу, в виду того, что выгоды предприятия достаются, часто помимо воли действующих лиц, собственникам земельных участков и собственники эти, по закону, привлекаются в число членов товарищества.

„На участие в товариществе управомочены все те собственники земельных участков и устройств, для обслуживания которых предназначается товарищеское предприятие или которым оно может принести выгоду“ (§ 104 Сакс. закона).

Баденский закон (§ 58) говорит о праве на участие в водных товариществах заинтересованных собственников земельных участков, Прусский (§ 210) о заинтересованных собственниках (и в подлежащих случаях суперфициарах) земельных участков, горных промыслов и промышленных устройств, а также о различных товариществах и общественных организациях, которые могут извлечь выгоды из принадлежности их к водному товариществу в качестве его членов¹⁰⁾.

Правоспособность водного товарищества, как юридического лица, признается во всех законах, иногда в общей форме (§ 101 Сакс. закона, § 209 Прусск.), иногда с некоторым развитием;

⁹⁾ Этим организациям в немецкой юридической терминологии присвоено наименование *Die öffentliche Genossenschaft* (ср. O. Mayer B. II стр. 617 и Gierke, *Deutsch. Privatrecht* в I, стр. 619). К ним применяется учение об особенностях общины германского типа (*Genossenschaft*), которая, в противоположность римской *universitas*, не усуграивает целиком личного начала.

¹⁰⁾ Ср. § 58 (6) Бад. закона.

„Товарищество, как таковое, обладает самостоятельно правами и обязанностями, оно может приобретать собственность и другие вещные права на поземельные участки, искать и отвечать на суде.

Абз. 2. За обязательства товарищества отвечает перед кредиторами исключительно его имущество; товарищи обязаны только к уплате установленных уставом взносов“. (Бав. закон ст. 115).

Те законодательства, согласно которым могут существовать водные товарищества и частно-правового типа („свободные“ во Франции), допускают и различную их организацию. В этом случае товарищества могут быть и не юридическими лицами. Так, например, французский закон (ст. ст. 3 и 5-7) предоставляет всем водным товариществам возможность быть юридическими лицами, но для свободных синдикальных товариществ это не обязательно. Им предоставлена свобода организации и, кроме того, они могут не рассматриваться, как юридические лица, в случае невыполнения некоторых формальностей при учреждении (неоповещение в официальных газетах).

Но, как уже сказано, современное водное законодательство перешло к системе одних только публично-правовых водных товариществ. В мотивах к Вюртембергскому водному закону от 1-го декабря 1900 г. изложено по этому поводу следующее:

„Разграничение свободных и публичных водных товариществ не нашло себе, однако, осуществления на практике, что выясняется из того факта, что под действием закона 1 апреля 1879 года не образовалось ни одного свободного водного товарищества, которое получило бы прочное существование. В виду этого последующий гессенский закон о водных товариществах 1887 г., в общем согласный с постановлениями прусского и баденского права, не нашел необходимым включать в состав своих постановлений правил о свободных водных товариществах. Точно также и по отношению к Вюртембергу нет оснований допускать образование свободных водных товариществ, т. е. таких товариществ для пользования водою, которые были бы совершенно освобождены от государственного надзора. Уже то обстоятельство, что водным товариществам присваивается качество юридического лица и что цели этих товариществ состоят в использовании публичных вод, говорит одно против того, чтобы можно было совершенно освободить такого рода товарищества от государственного контроля“¹¹⁾.

Из цитированных мотивов видно, что признание всех водных товариществ публичными отнюдь не имело в виду создание однотипности их. Тот же Вюртембергский закон, приняв для всех товариществ разрешительную систему возникновения (ст. 68), надзор высшей

¹¹⁾ См. Nieder, Wassergesetz für Württemberg. 1902 г.

местной власти (ст. 76) и ограничение выхода из товарищества (ст. 69 абз. 2), — различает 1) водные товарищества, которые основываются на свободном соглашении (ст. 69 абз. 1), 2) товарищества с принудительным присоединением, когда более половины заинтересованных лиц согласно на организацию товарищества (ст. ст. 84, 91) и, наконец, 3) товарищества, которые приравниваются к общинам, как специальные публично-правовые организации¹²⁾.

Баварский закон 1907 г. пошел тем же путем. Он регулирует правоотношения только публичных водных товариществ, посвящая им особый V отдел (ст. ст. 110-152). Но, по способу возникновения он различает три вида товариществ:

„Товарищества образуются:

1) путем добровольного соглашения между участниками (добровольные товарищества);

2) по постановлению большинства участников с принудительным привлечением меньшинства (товарищества с принудительным присоединением);

3) по распоряжению подлежащей окружной администрации, палаты внутренних дел (принудительные товарищества)“. (Ст. 111).

Саксонский закон 1909 г., кроме постановлений, заключающихся в четвертой его части (§§ 99-142), специально посвященных „публичным водным товариществам“, заключает еще ряд специальных норм, о товариществах, организуемых в принудительном порядке, не по инициативе и желанию большинства, а в силу закона *Zwangsgenossenschaften kraft Gesetzes*). Сюда относятся (§ 65) товарищества, на которые возлагается содержание водных течений (*Unterhaltungsgenossenschaften*).

Прусский закон 1913 г. также, признавая все водные товарищества публичными, различает (§§ 238, 245) три вида их: организуемые по соглашению всех заинтересованных лиц, или по соглашению большинства, с принудительным присоединением прочих и, наконец, принудительные в полном смысле слова, которые могут быть организованы и при несогласии большинства или даже всех¹³⁾.

¹²⁾ Ст. 80. I. Товарищество, предприятие коего, в виду его цели и объема, в состоянии способствовать значительной пользе для народного хозяйства, может быть, по особому о том ходатайству, признано королевским указом публичным водным товариществом.

II. Публичное водное товарищество считается корпоративным союзом публичного права.

III. Избрание его правления подлежит утверждению со стороны высшей местной власти, в округе которой товарищество имеет свое местонахождение.

IV. В отношении управления делами публичного водного товарищества, именно в отношении установления расходов, составления и поверки годового отчета, равно как и надзора правительственных учреждений, соответственно применяются существующие касательно управления общинами предписания. При этом публичные водные товарищества приравниваются к общинам третьего класса.

¹³⁾ Ср. Holtz-Kreutz В. II, стр. 63 и 164.

Рассмотрим теперь, как регулируется возникновение, действие и прекращение водных товариществ.

Предпосылкою учреждения водного товарищества, как организации публичной, является признание „общепользовности“ предприятия, для осуществления которого товарищество организуется. Для этого не требуется, чтобы предприятие преследовало непосредственно публичную цель, как, например, открытие судоходства, или ограждение от наводнений. Достаточно, если та хозяйственная цель, для которой предназначается предприятие, представляет существенный интерес с точки зрения народно-хозяйственной (новое большое предприятие, новый район культуры и т. п.). Так и формулируется это в водных законах: „публичный интерес или существенный интерес сельского хозяйства или промышленности“ (Бад. § 58); „интересы общего блага или общехозяйственные выгоды“ (Бав. ст. 112, Сакс. § 99, Прусс. § 207).

Утверждение устава является моментом возникновения товарищества, а вместе с тем и признанием общепользовности предприятия. Утверждению устава, как акту правительственной власти, призывающему к жизни новую публичную организацию, должно предшествовать исследование предоставленного инициаторами плана предприятия с точки зрения его осуществимости и целесообразности в техническом и хозяйственном отношениях. Декрет 9 марта 1894 г., представляющий из себя инструкцию для применения французских законов о синдикальных товариществах, подробно описывает процедуру оглашения, сопровождающего исследование предположений товарищества:

„Дело по исследованию представляется в мэрию той коммуны, в районе которой находятся недвижимые имущества, заинтересованные в работах. Если имущества эти простираются на несколько коммун, то префект указывает ту мэрию, в которую должно быть представлено дело.

Тотчас после получения постановления префекта, предписывающего производство исследования, оповещение о представлении необходимых сведений совершается при звуке трубы или барабана. Кроме того, объявление, содержащее постановление префекта, выставляется на дверях мэрии и на видном месте вблизи дверей церкви или на самых дверях.

Равным образом выставляются объявления во всех коммунах, на земли которых простирается товарищество.

Независимо от этих объявлений, извещение о представлении сведений сообщается каждому собственнику, земли которого входят в район, заинтересованный в работах; подлинник этого извещения сохраняется; в случае отсутствия собственников, предписываемое извещение сообщается их представителям или арендаторам и исполщикам;

при отсутствии представителей или арендаторов, повестка оставляется в мэрии.

В повестке собственники приглашаются заявить, в сроки и по формам... согласны ли они присоединиться к предприятию.

К извещениям прилагаются формулы присоединения к товариществу. Эти извещения должны быть сделаны не позже, как в течение пяти дней, следующих за началом исследования". (Ст. 7).

Прусский законодатель включил в самый текст закона подробные правила о порядке проверки всех условий возникновения водных товариществ и расследования всех возражений (см. §§ 248-274).

После того, как все сроки для возражений истекают и устав получает силу, дальнейшие споры против возникновения товарищества—заявления об отсутствии необходимых предпосылок для утверждения устава—уже не допускаются (Прусс. § 208).

Уставы товариществ определяют наименование и domicil, цель организации, а по некоторым законам (Прусский) план работ и могущие быть изменения в плане, ограничения, которым подвергаются члены товарищества в их правах на землю (или, эвентуально, предприятие) и их обязанности по отношению к товариществу, участие в пользовании выгодами и в повинностях, а равно право голоса, финансовый план и порядок составления и исполнения смет, порядок избрания и состав правления, полномочия правления и его председателя, условия о форме созыва общего собрания членов или органа его заменяющего, действительности и публикации его постановлений, компетенцию общего собрания, порядок организации и выбора наблюдательной комиссии (осмотр сооружений), форму исходящих от товарищества объявлений, равно как указание официальных ведомостей, в которых они будут печататься, когда, согласно закону, уставу или решению товарищеских органов, необходимо оглашение каких-либо сведений, наконец, в уставе же может быть предусмотрено образование третейского суда по делам товарищества, обозначение споров, подлежащих его ведению и условия изменения устава¹⁴⁾.

Устав подлежит утверждению властей. (Прусс. § 207; Бав. ст. 118, Сакс. § 115). В некоторых законах проводится принцип обязательности утверждения и указывается, при каких условиях в утверждении может быть отказано¹⁵⁾.

¹⁴⁾ Наиболее подробно предусмотрено возможное содержание устава в Прусском (§§ 214 и 215) и Саксонском (§ 114) законах, ср. Бав. ст. 117, Бад. § 62.

¹⁵⁾ „В утверждении устава может быть отказано лишь в том случае, если содержание устава противоречит предписаниям закона или если в интересах обеспечения самого товарищества и его устройств необходимо дополнение или изменение устава“ (Вюрт. ст. 74). Баденский (§ 63) предусматривает также возможность отказа, при наличии несправедливых преимуществ одних членов в ущерб другим.

В тех случаях, когда товарищество возникает по предписанию властей, устав также дается ими (ср. Прусск. §§ 207 и 270 абз. 3).

Товарищество избирает правление, но не обязательно из членов товарищества (ст. 120 Бав. зак.)¹⁶⁾.

Наиболее интересны из относящихся к организации товариществ постановления о членах их. Как уже указывалось, право членства связывается с имущественным (реальным) принципом: членом может быть владелец того участка (предприятия), для которого существование и деятельность товарищества представляют интерес. Но, интерес отдельных владельцев различен и это осложняет вопрос о доле участия каждого товарища в прибылях и убытках и о праве голоса. Вопрос этот решается на основе действительного интереса (Прусск. § 225, Сакс. § 130), но, при наличии постановления, что каждый член имеет право голоса, законы устанавливают предельное число голосов. Так, например, Прусский закон и Баденский закон не допускают, чтобы кто-либо имел более чем две пятых общего числа голосов (Прусск. § 216, Бад. § 64, абз. 3): если кто-либо мог бы иметь 70 голосов из 100, то общее число уменьшается до 50 и ему предоставляется 20. Если же на общем собрании будет вместе с ним представлено 30 голосов, то он сохраняет свои 20 и может, таким образом, диктовать решения¹⁷⁾.

Принудительное привлечение членов предполагает, кроме наличия особо важной цели товарищества, еще или решение большинства или постановление властей об организации товарищества.

Принудительное привлечение к участию в водных товариществах ограничивалось первоначально небольшим кругом хозяйственных целей. Так, например, Прусский закон о водных товариществах 1879 г. (§ 65) и Вюртембергский 1900 (ст. 84) имели в виду только оросительные и осушительные сооружения. Баварский закон 1907 г. (ст. 112 абз. 2) уже не знает этого ограничения, высказываясь в общей форме. Саксонский (§ 129) расширяет круг целей, для осуществления которых допускается принудительное привлечение членов, на все случаи, когда могут быть организуемы публичные водные товарищества, но ограничивает принудительность привлечения условием определенности взносов в товарищество. Составителям казалось несправедливым и опасным допускать принудительное привлечение в такие товарищества, развитие которых при отсутствии точных сметных расчетов и финансо-

¹⁶⁾ Ср. Holtz-Kreutz В. II, стр. 89, где делается ссылка на существующую практику, при отсутствии определенного указания в законе.

¹⁷⁾ Holtz-Kreutz В. II, стр. 95. По Сакс. закону предельное число голосов одна треть общего числа (§ 113).

вых предположений, может повлечь неограниченное увеличение взносов¹⁸⁾. Очень широко применяет начало принудительного привлечения членов Прусский закон 1913 г. (§ 238)¹⁹⁾.

Прусский закон допускает принудительное привлечение в товарищества, организуемые для содержания водных течений и всех работ по исправлению русла;—для содержания и укрепления берегов, как в целях правильности течения, облегчения стока полых вод, так и для предохранения от наводнений;—для содержания вод в чистоте²⁰⁾;—для осушения и орошения и для содержания оросительных и осушительных устройств;—для культивирования торфяников;—для сооружения, содержания и эксплуатации плотин;—для устранения препятствий к стоку полых вод;—для устройства водоемов в местах зарождения водных течений (в целях регулирования водных течений);—для поднятия уровня берегов и приспособления их для сельскохозяйственной культуры.

Привлечение членов товарищества, помимо их воли, в указанных законом случаях носит иногда условный или, употребляя выражение О. Майера, полупринудительный характер, в других случаях принудительный в полном смысле слова. Полупринудительным можно назвать привлечение членов, когда оно, как в Баварском законе (ст. 112, абз. 2), обусловлено, во-первых, тем, „что предприятие может быть выполнено целесообразно только благодаря распространению его на участки противящихся его образованию собственников и если предполагаемые выгоды предприятия превышают ожидаемый от него вред“, а, во-вторых, если имеется уже необходимое добровольно составившееся большинство (ст. 140): „а) при предприятиях, имеющих целью осушение или орошение, если согласным принадлежит более половины привлеченной к участию в товариществе земельной площади, и если не менее пятой части участвующих лиц высказывается за предприятие; б) при других сооружениях, имеющих целью пользование водой, если более половины участвующих лиц высказалось за предприятие, и если согласные получают большую часть ожидаемой от предприятия выгоды“.

Такие же условия имеются и в других законах (Сакс. § 129, Бад. § 72, Прусс. § 638).

Следует отметить, что в современных водных законах необходимое для принудительного привлечения членов большинство определяется, как простое большинство (больше половины). Раньше во многих

¹⁸⁾ Schelcher В. II, стр. 341.

¹⁹⁾ Holtz-Kreutz В. II, стр. 143-144.

²⁰⁾ В товариществах этого рода распределение доли участия в расходах происходит преимущественно в зависимости от того, в какой мере хозяйство каждого члена создает загрязнение вод (§ 226).

случаях требовалось квалифицированное большинство, например, две трети²¹⁾).

Исчисление голосов производится, как уже указывалось, не по числу, а по земельной площади, их ценности, доходности или выгоде от участия в предприятии²²⁾.

О полной принудительности можно говорить тогда, когда товарищество организуется по приказу властей (Бав. зак. ст. 135, Прусский § 245, Фран.—*associations syndicales forcées*)²³⁾.

Как бы ни были тщательно обследованы все условия образования товарищества в момент его возникновения, все же впоследствии может выясниться, что выгоды от осуществления предприятия распространяются еще на некоторые участки и предприятия, не привлеченные к участию и, таким образом, обогащаются за счет товарищества. На этот случай необходимо предоставить товариществу возможность последующего привлечения новых членов. Водные законы предусматривают этот случай.

Так, например, Баварский закон (ст. 145) говорит по этому поводу следующее: „Орган надзора имеет право, по предложению правления товарищества, привлечь в товарищество собственников тех земельных участков, которые, хотя и не принадлежат к товариществу, однако явным образом пользуются существенною долею выгод, приносимых предприятием.

Абз. 2. Собственники дополнительно привлеченных участков могут быть обязаны к участию в прежних издержках по предприятию товарищества, соразмерно с получаемую ими выгодою²⁴⁾).

С другой стороны, возможны случаи, когда к созданному това-

²¹⁾ Так, например, Баденский закон 1889 г. требовал по крайней мере двух третей голосов (§ 68); закон 1913 г. установил простое большинство (§ 76). Здесь проявляется общая тенденция, соответствующая историческому развитию водных товариществ.

²²⁾ Schelcher В. II стр. 305, где приводятся аргументы в пользу применения именно этого последнего критерия, как наиболее справедливого. Ср. Бав. зак. ст. 143.

²³⁾ Русскому законодательству осталась неизвестной принудительная организация водных товариществ. Проекты закона о водных товариществах разрабатывались в Министерстве Юстиции и в Сельско-хозяйственном ведомстве. Первое разработало проект, приближающийся к новым европейским законам, второе возражало против принудительности. В декабре 1915 г. Министерство Земледелия внесло в Госуд. Думу проект правил 1) о товариществах земельных улучшений и 2) о производстве земельных улучшений земскими и правительственными учреждениями в видах общей пользы. В объяснительной записке говорится, что „с точки зрения нормального развития у нас мелиоративного законодательства, казалось бы достаточным предоставить товариществу земельных улучшений право привлечения владельцев подлежащих земельных угодий, поскольку они будут пользоваться выгодами от предприятия и в то же время не пожелают войти в число членов товарищества, к соответственному участию в его расходах. В этом праве, поставленном, конечно, под известный контроль, и надлежит видеть предел тех правомочий принудительного характера, которые должны быть предоставлены товариществам земельных улучшений“. (См. ниже гл. X). Проекты эти потеряли теперь всякое практическое значение, но потребность в водных товариществах остается и опыт Западной Европы может быть использован.

²⁴⁾ Ср. Бад. § 87, Прусск. § 244.

риществом предприятию пожелают вновь присоединиться лица, которые, без ущерба для товарищества, могли бы извлечь пользу для своего хозяйства и готовы принять участие в расходах. Гражданскому праву право на принятие в товарищество столь же чуждо, как и право принудительного присоединения. Но, водные законы не могли не признать такого права. Преследуя цель народно-хозяйственной выгоды, они принуждают ко вступлению в товарищество, чтобы создать коллективные усилия и средства осуществления полезных начинаний и, последовательно, они обязывают товарищества принимать новых членов, когда это обещает распространить выгоды на больший круг хозяйств, увеличив выгодность предприятия с народно-хозяйственной точки зрения²⁵).

Выход и исключение из товарищества регулируются следующим образом. Если член товарищества не получает ожидавшейся выгоды от своего участия, а выход его не причинит вреда общему делу, то ему может быть отказано в праве выделения (Бав. ст. 147, Бад. § 68, Сакс. § 106, Прусс. § 232)²⁶). Что же касается исключения из товарищества, то оно допускается, с утверждения властей, по постановлению общего собрания, если выдел какого-либо участка представляется необходимым и при условии вознаграждения собственника выделяемого участка за возникающий, вследствие выделения, имущественный ущерб (Бав. ст. 139, Сакс. § 106, Бад. § 69, Прусс. § 234). При возвращении выделяемому его расходов и взносов по участию в товариществе, производится зачет полученной им выгоды.

Раз возникшее товарищество обязано выполнять поставленную ему цель: устав создает для него публично-правовую обязанность. Но, так как в процессе работы могут выясняться ошибки первоначальных расчетов и непредвиденные затруднения, то закон не закрывает пути к соответствующим изменениям устава и оснований распределения тягот и повинностей (Сакс. § 131) и даже к прекращению товарищества. Оригинальное положение заключает по этому вопросу Баденский закон (§ 84 абз. 4). „Если, говорит этот закон, будет постановлено о прекращении действий товарищества или изменении предприятия, то

²⁵) „Товарищество обязано принять к себе собственников соседних участков по их предложению, если будет доказано, что эти участки получают существенную выгоду от предприятия товарищества, а прежние товарищи не потерпят ущерба вследствие их вступления.

Абз. 2. Товарищество имеет право потребовать от собственников вновь поступивших в него участков соразмерного участия в расходах по прежним предприятиям, а также предварительной уплаты особых, возросших вследствие их приема, издержек“ (ст. 137 Бав. зак.).

Ср. 233 Прусс., § 67 Бад.

²⁶) Менее определенно выражается Вюртембергский закон: „выделение... допускается“ (ст. 69, II). Здесь нельзя говорить о субъективном праве на административный акт выдела.

наросшие к тому времени издержки должны нести те собственники, которые высказались при этом за прекращение действий товарищества или изменение предприятия, а между тем в первом собрании не подавали своего голоса против предприятия,—однако те издержки, которые одинаково полезны и для измененного предприятия исключаются“.

Это положение, стимулирующее консервативность и настойчивость в предприятии, не всегда, конечно, справедливо, а потому целесообразнее разрешать подобные вопросы *ad hoc*, как это имеет место, согласно Прусскому закону, применяющему для подобных случаев общий порядок разбора спорных отношений.

Для прекращения деятельности товарищества требуется согласие квалифицированного большинства (Бав. ст. 127 трех четвертей, Прусс. § 278, Бад. § 72 абз. 3 и Сакс. § 123 абз. 2—двух третей) и утверждение властей. Кроме того, предусматривается закрытие товарищества и по инициативе самих властей (Бад. § 71, Сакс. § 124).

Как мы видели, водные товарищества возникают и прекращаются в силу правительственных актов. Далее, с момента возникновения и до конца ликвидации водные товарищества находятся под надзором государства. Водные законы не ограничивают этот надзор инспекционной и штрафною деятельностью (Сакс. § 100), а расширяют его вплоть до предоставления права надзирающему органу брать на себя непосредственное руководство делами товарищества, когда это требуется в публичных интересах (Бав. ст. ст. 132-134, Прусс. §§ 217, 219). Власть имеет также право отстранять виновных в грубом нарушении долга членов правления и заменять их другими лицами.

Устав водного товарищества приобретает, после его утверждения, силу публично-правового статута. Правление товарищества подлежит административным взысканиям за нарушение обязанностей. С другой стороны и правление приобретает некоторые публично-правовые полномочия по отношению к членам товарищества. „Обязанности товарищества—публично-правовые обязанности“, говорит Прусский закон (§ 224). Как таковые, они имеют преимущество даже перед ранее возникшими требованиями с вещным обеспечением, недоимки взыскиваются в порядке бесспорного принудительного взыскания (§ 229 Прусс., ср. Бад. § 66). Правление, при осуществлении своих полномочий, может прибегать к назначению штрафов, а также поручать третьим лицам выполнение возложенных на членов товарищества обязанностей, за счет неповинующихся (Бав. ст. 121, Сакс. § 118, Прусс. § 227).

Существенным правомочием товарищества является право на принудительное отчуждение в его пользу необходимых товариществу земельных участков, принадлежащих тем лицам, которые, вследствие убы-

точности для них товарищеского предприятия, выделяются (Прусск. § 240).

Споры по вопросу о принадлежности к водному товариществу и обязанностях товарищей рассматриваются в административном порядке — Сакс. § 122, Прусск. § 226²⁷⁾.

Представляя из себя публично-правовую организацию, водные товарищества могут быть приспособлены к выполнению различных задач, лежащих на государственных органах. Так, например, на них может быть возложено спасание жизни и имущества граждан во время наводнений или поощрение сельско-хозяйственной культуры и промышленной предприимчивости.

Такова юридическая природа и юридическое положение водных товариществ. Не следует, однако, забывать, что они обладают правами юридических лиц, т. е. являются субъектами гражданского права и отвечают перед третьими лицами своим имуществом. Нарушение членами товариществ их обязанностей не касается третьих лиц, для которых водное товарищество является обыкновенным предпринимателем²⁸⁾.

Возложение публично-правовых обязанностей на членов товарищества и применение принудительного начала, при организации товариществ, является, конечно, ограничением частных прав. Но, нельзя упускать из виду, что водные товарищества обладают свободой деятельности в пределах той сферы действий, которая отведена им уставом. Самый устав, который составляется и изменяется участниками, означает признание самостоятельности членов. Одно и то же товарищеское предприятие может комбинировать различные цели (ср. Бад. § 58 абз. 2). Этим водные товарищества отличаются от публично-правовых установлений. От частно-правовых они отличаются и своими полномочиями и сотрудничеством правительственных органов.

В общем основанный на правовых ограничениях институт водных товариществ обеспечивает расширение экономических возможностей каждому участнику товарищества и, обеспечивая интересы народно-хозяйственные, служит интересам отдельных хозяев, не только косвенно, но и прямо, подобно частно-правовым институтам. Понятно, поэтому, что водные законы признают и охраняют субъективное право отдельных лиц на принятие их в члены товарищества.

²⁷⁾ Ср. Wiener комментарий к § 62 п. 9 (в)

²⁸⁾ Ср. Holtz-Kreutz B. II, стр. 87.

ГЛАВА IX.

ПРАВО НА ВОДНУЮ ЭНЕРГИЮ (БЕЛЫЙ УГОЛЬ).

Экономическая сторона вопроса. Причины появления специального законодательства. 1. Системы этатизма: Италия, Австрия, Швейцария. 2. Юридическая природа концессий на пользование водною энергиею. Конструкции проф. Е. Губера. Двойственный состав концессионного акта. Необходимость анализа конститутивного и нормативного содержания концессии на использование водной энергии. 3. Законодательства индивидуалистические: Скандинавские государства, Англия, Соединенные Штаты, Германские государства, Испания. Отличие концессионного порядка от выдачи концессий. 4. Французский закон 1919 г. и теория концессий. Характеристика концессионного договора применительно к водному законодательству.

Мировые запасы горного угля истощаются. Чудовищно разрастающаяся промышленность грозит поглотить его целиком и вопрос замены тепловой энергии уже стоит перед современным человечеством.

Война обострила этот вопрос в государствах, которые нуждались в привозном угле, но были отрезаны от стран снабжения, и заставила разрешить проблему несколько скорее. Так возникло право на „белый уголь“.

Современная техника сделала крупные успехи в области использования силы падения воды. Способы использования водной энергии, заменяющей энергию тепловую, значительно усовершенствованы. В это дело введена исключительная экономия, благодаря, главным образом, применению турбин, которые увеличивают в сотни раз энергию падающей воды. Помимо того, добываемая энергия может быть передаваема на значительное расстояние.

Техническая литература вопроса¹⁾ достаточно освещает и его экономику, предостерегая от излишних увлечений. Использование гидравлической энергии далеко не всегда рентабельно, но оно, несомненно,

1) Pacoret—Houille blanche P. 1923 r. t. II p. 1154 сл., Gerbel—Irrtum u. Wahrheit über Wasserkraft und Kohle, Wien 1925.

имеет большие преимущества, устраняя зависимость индустрии от колебания цен на уголь и предоставляя возможность, по мере амортизации потраченного капитала, достигать удешевления энергии, в то время как добывание угля из все больших глубин или доставка из все более отдаленных рынков грозит возрастающим удорожанием его.

Особенное значение приобрело применение гидро-электрической энергии в железнодорожном деле, в предприятиях электрохимических и металлургических, где она обеспечивает непрерывность работ, в горном деле, для приведения в действие машин на больших глубинах и в новом деле добывания из воздуха азотистой извести взамен селитры²⁾.

Законодательство, обеспечивающее возможность наилучшего использования водной энергии, в интересах государственных и общественных, с каждым годом развивается. Его основная цель подчинить в данной области частные интересы общим, устранив те препятствия, которые могут создавать для успешной эксплуатации водной энергии частная собственность, случайная инициатива, создающая неплановность, и конкуренция.

Признание вод частной собственностью может в данном случае затруднить использование „белого угля“. Собственник, не имея средств для самостоятельного предприятия, может препятствовать и другим, отказывая им в предоставлении необходимых прав или запрашивая с них чрезмерные цены. Возможно также, что там, где представилось бы наиболее целесообразным создание предприятий крупного масштаба и значения, вырастет несколько мелких и незначительных, существование которых впоследствии затруднит более рациональное использование водопада. Наконец, не исключена возможность спекуляции—скупка приобретенных участков, необходимых для возведения гидро-механических сооружений, с целью дальнейшей перепродажи.

Существующее в арсеналах гражданского права наиболее радикальное средство борьбы с такими явлениями—принудительное отчуждение, большею частью неприменимо, так как здесь, по преимуществу, отчуждение должно было-бы применяться для нужд частных предприятий, что не подходит под установившееся понятие отчуждения для государственной и общественной пользы. Право экспроприации не допускает распространительного применения и разрешение возникшего, в связи с проблемою использования водной энергии, вопроса требовало помощи законодателя. Необходимо было и расширение возможности

²⁾ Способы практического использования водной энергии подробно изложены в объяснительной записке к проекту министра путей сообщения „Об объявлении средоточий силы падения воды или пригодных для их образования пространств водных течений имеющими государственное или общественное значение“, стр. 1-4. (См. ниже гл. X).

применения экспроприации (не только непосредственно для государственных и общественных нужд и не только тогда, когда это необходимо, но и когда просто полезно), а затем специальные законы о использовании водною энергиею ³⁾.

Существующие законы об использовании водной энергии могут быть разбиты на две группы: законы, проводящие начала этизма (огосударствление вод) и предоставление частным предприятиям концессий, и законы, исходящие из индивидуалистического начала, но ограничивающие индивидуальные права в интересах государства или народно-хозяйственных ⁴⁾.

1. Системы этизма.

Политические бури не изменяют природы и если во времена классического мира римляне знали распределение воды по дням и часам, то и их потомки не менее заинтересованы в упорядоченном водном хозяйстве и наиболее целесообразном распределении вод. Неудивительно, поэтому, что Итальянский гражданский кодекс (ст. ст. 427 и 543) объявил государственным домѐном не только большие, но и мелкие реки и речки (за исключением ручьев): *flumina autem omnia...publica sunt*, при чем к государственной собственности причислено и ложе этих вод ⁵⁾.

Использование „водной энергии“ могло, поэтому, происходить здесь лишь с разрешения власти. Закон 1889 г. установил концессионную систему. Разрешения стали выдаваться без особых затруднений, так как правительство стремилось поощрить частную инициативу и взимало в свою пользу налог с предприятий, но, зато, государство выпускало из своих рук запасы, необходимые для его собственных предприятий (напр., железных дорог), а кроме того утилизация водной энергии происходила беспорядочно и создавалась возможность спекуляции.

С начала XX века в эту область водного хозяйства вносится новое начало. Прежде всего стала проводиться „муниципализация“ водных предприятий: скупка их общинами и организация самостоятельного

³⁾ Материалы, характеризующие законодательство различных стран по вопросу об использовании водной энергии, собирались для докладов на посвящаемых этому вопросу конгрессах, они собраны в издании Michoud. *Les Législations étrangères des forces hydrauliques* (Compte rendu du 2-e Congrès de la Houille blanche, 1914 T.I).

Эти материалы использованы в книге Jean Durand Dastès *Le nouveau statut légal des forces hydrauliques Françaises* откуда, за невозможностью обратиться к первоисточникам, заимствованы и в настоящей работе некоторые данные, относящиеся к законодательству Скандинавских государств, Англии, Испании и некоторых других. Несколько новых законов (Швейцарии, Англии и др.) приводятся в упомянутой (см. прим. 1) книге Pacoret T. II в главе *Législations étrangères*.

⁴⁾ Jean Durand-Dastès о. с. Стр. 6 сл.

⁵⁾ Lorenzo Meucci—*Istituzioni di Diritto Amministrativo* 6 ed. 1909. стр. 350, 354 (*perocche fiume non si concepisce senz'alveo*); Santi Romano *Principi di diritto amministrativo italiano* 3 ed. 1912 стр. 514 сл.; Aström о. с. стр. 89-92.

управления и эксплуатации; в целях расширения дела или организации больших собственных предприятий допущено было объединение общин. Далее установлено было более тщательное расследование государственных и частных потребностей в гидравлической энергии, в связи с задачами концессий: ряд местных и постоянных комиссий был учрежден специально для этой цели и было обращено особое внимание на обеспечение возможности электрификации железных дорог. Наконец, было приступлено к пересмотру устаревшего закона 1889 г. и в 1916-1917 г.г. последовали реформы, окончательно укрепившие влияние государства в водном хозяйстве, в частности, в отношении использования водной энергии.

С 1916 г., согласно этим новеллам, в Италии было приступлено к пересоставлению водного кадастра (водных книг) и произведен пересмотр перечня доминиальных вод. Эти две меры дали возможность установить все водные ресурсы и все существующие правоотношения по водопользованию и, следовательно, облегчают составление планов рационального водного хозяйства в каждом бассейне.

Предоставление концессий допускается теперь лишь с отзыва Внешнего Совета по водным делам при Министерстве общественных работ. В распоряжении Совета находятся все данные, относящиеся к запасам и использованию гидравлических сил в государстве, и он имеет возможность оценивать полезность и целесообразность каждого нового предприятия. При наличии конкурентов, предпочтение отдается тому, кто представит наиболее очевидные доказательства, что он будет лучше других эксплуатировать водные богатства, а при равенстве конкурентов в этом отношении, тому, кто предложит наиболее благоприятные условия с точки зрения технической и финансовой и, наконец, если нет никаких оснований для предпочтения, то, в зависимости от времени поступления ходатайства.

Продолжительность концессии определяется в 50 лет для гидравлических сооружений и 70 лет для ирригационных предприятий. По истечении установленного срока, предприятия переходят безвозмездно к государству и последнему предоставляется право приобрести по действительной стоимости машины и материалы. Государство сохраняет за собою право также и досрочного выкупа предприятий.

Споры по водным делам рассматриваются по новелле 1916 г. в специальном суде по делам публичных вод, имеющем местопребывание в Риме⁶⁾.

В Австрии, подобно Италии, категория частных вод очень ограничена (§ 4 Закона 24 августа 1870 г.); прибрежные собственники, хо-

⁶⁾ Durand-Dastès стр. 75-76.

тя и обладают правом на берега, но не имеют никаких преимущественных прав на пользование сравнительно с другими лицами. Распоряжение и распределение пользования водами находится в руках власти (§ 7 сл.) и допускается с согласия власти (Bewilligung) или на началах концессий⁷⁾.

Права частных владельцев на ложе и берега рек не составляют препятствия для осуществления предприятий посторонними лицами, так как австрийское законодательство широко допускает для этой цели принудительное отчуждение. Когда есть основание ожидать от предприятия „значительной“ народно-хозяйственной пользы, то для них, за соразмерное вознаграждение, должно быть уступлено необходимое количество земли для привода и отвода воды, а также для устройства необходимых запруд, шлюзов и иных сооружений. Даже больше, в Австрии издавна действует положение, что владелец текущей воды, принадлежащей ему на праве частной собственности, не использовавший эту воду в срок, назначенный ему правительственной властью, обязывается за соразмерное вознаграждение уступить пользование другому лицу, которое имеет действительную возможность использовать воду⁸⁾.

Обновление австрийского законодательства было намечено в сторону большего благоприятствования концессионерам: удлинение срока концессий, предоставление преимущественного права на возобновление, дальнейшее расширение правил о принудительном отчуждении, присвоение вещного характера правам концессионера (право не только на пользование силою падения воды, но и на землю и все сооружения), что открывает возможность передачи прав на концессию и залога предприятия.

Идеи этатизма наталкивают на мысль об изъятии из рук частных владельцев наиболее важных предприятий по использованию „белого угля“ и передаче их государству и общинам. Эта мысль, уже отчасти осуществляющаяся в муниципализации и синдикализации подобных предприятий в Италии, стоит на очереди и в других странах. Особенно распространено это в Швейцарии. Примеры непосредственной эксплуатации водных сил кантонами и городами там очень многочисленны. Город Женева эксплуатирует вододействующее предприятие совместно со своим кантоном. Кантоны восточной Швейцарии организовали консорциум для выкупа крупного предприятия, ценою около 20 миллионов швейцарских франков, которое будут затем эксплуатировать на паях.

Швейцарское водное право очень пестро, вследствие того, что оно регулируется кантональным законодательством. По степени „огосу-

⁷⁾ Randa—Das Österreich. Wasserrecht 3-е А. стр. 54 flg., 65 flg.

⁸⁾ Randa о. с. стр. 109 сл.

дарствления* вод они разделяются некоторыми на три, некоторыми на две группы, при чем индивидуалистическая остается всегда в меньшинстве⁹⁾.

Во всяком случае в отношении использования гидравлической энергии Швейцария может считаться страной передового законодательства. Принципы этатизма проводятся в этом отношении 21 кантоном и следовательно, только 4 сохраняют более индивидуалистическое законодательство. В первой группе три кантона объявляют все запасы водной энергии принадлежащими государству, другие устанавливают презумпцию принадлежности их государству и предоставляют, в необходимых случаях, право отчуждения земель, прилегающих к воде, за справедливое вознаграждение. Это направление поддерживается и федеральным законодательством (ст. 664 Шв. Гр. Ул. и Закон 1902 г., расширяющий применение экспроприации в пользу транспортных предприятий).

Государство (кантоны) либо сами эксплуатируют принадлежащие им источники водной энергии, либо передают их общинам, товариществам и частным лицам на концессионных началах. Условия концессий регулируются законодательствами кантонов. Так 26 мая 1907 г. был издан закон для кантона Берн, обладающего богатыми запасами водной энергии. Он установил известные уже нам начала срочности концессий: 50 лет с правом двукратного продолжения еще на 25 лет, т. е. всего до 100 лет. В концессии может быть, однако, предусмотрен и досрочный выкуп, если это будет признано необходимым для публичных целей. Нормально же, по истечении срока концессии, предприятие переходит безвозмездно к государству. Вознаграждение уплачивается за землю и оборудование (машины).

Незадолго до великой войны в Швейцарии усилилось движение в пользу расширения полномочий Конфедерации в отношении утилизации гидравлических сил. В 1908 г. был установлен принцип верховного надзора центральной власти в этой области, а 22 декабря 1916 г. был принят закон, который значительно расширил ее права¹⁰⁾.

Конфедерации предоставлено ныне не только право внешнего надзора, из которого вытекает полномочие на издание различных правил и распоряжений, регулирующих рациональную постановку использования гидравлической энергии, но и право активных действий, как, например, право реквизиции энергии публичных вод, хотя бы она уже

⁹⁾ Ср. Durand-Dastès о. с. стр. 76 сл; Aström о. с. стр. 72-84. Необходимость объединения кантонального законодательства уже давно сознается, что можно видеть из много раз цитированной работы Prof. E. Hübner "Die Gestaltung des Wasserr. in künftigen Schweiz Rechte" относящейся к 1900 г. и представляющей доклад на с'езде юристов.

¹⁰⁾ Закон этот приводит полностью Rasoret (См. прим. 1).

и находилась в чьем либо пользовании, если это необходимо для работ, предпринимаемых Конфедерацией, а также право предпринимать, по соглашению с заинтересованными кантонами, крупные работы по регулированию озер и созданию водоемов, для развития гидравлических сил.

Относительно условий эксплуатации закон сохраняет как право непосредственного использования водной энергии публичными организациями, так и предоставление концессий.

Согласно закона 1916 г., кантоны предоставляют концессии тем предприятиям, которые служат наилучшим образом общему благу или используют реку наиболее рационально. Продолжительность концессии ограничена 80-летним сроком. Концессия не может быть переуступлена без разрешения администрации, но и лишение права передачи не может быть допускаемо иначе, как по соображениям публичного блага и за вознаграждение. В пользу концессионера может быть применяема в случае необходимости экспроприация. Фискальное обложение предприятия ограничено известным пределом и концессионеру предоставляется апеллировать к Федеральному Совету, если он находит обложение слишком обременительным для предприятия.

Кантон, предоставляющий концессию, в праве выговорить для себя участие в прибылях предприятия, условия этого участия регулируются в так наз. *cahier des charges* (форма концессионного договора, заключающего, главным образом, перечень обязанностей концессионера).

Концессия прекращается, за истечением срока или в случае выкупа. Последний не допускается, впрочем, ранее, чем истечет треть полного срока концессии. По окончании срока концессии, земли, устройства и гидравлические машины переходят безвозмездно к государству.

Закон 1916 г., как можно видеть из изложенного, ограждая государственные интересы, старается создать такие условия для концессионных предприятий, которые благоприятствуют их возникновению. Гарантии от произвольного досрочного прекращения, длительность концессионных сроков, возможность добиться облегчения налогового бремени—все это разумные меры, способные содействовать привлечению крупного частного капитала к эксплуатации „белого угля“.

Но закон внимательно относится и ко всем общественным нуждам. Он обязывает, как в Италии, к ведению водного кадастра („водные книги“, знакомые нам по Германским законам¹¹⁾) для выяснения всех право-отношений по воде (ст. 31), предписывает меры к ограждению рыболовства, судоходства и т. д., дает, наконец, широкие возможности для организации государственных предприятий. Принцип этатизма вы-

¹¹⁾ См. выше, Прусс. зак. (гл. VII, IV, 4).

ражен в законе 1916 г. достаточно сильно, но в разумных рамках, без вреда для частной инициативы, которой концессионный режим дает надлежащие гарантии.

2. Юридическая природа концессии на пользование водною энергиею.

В деле использования водной энергии концессионный режим играет настолько видную роль, что здесь будет вполне уместно остановиться вкратце на характеристике концессионного права ¹²⁾.

Как мы видели, выдача концессии является актом государственной власти. Порядок испрошения и предоставления концессии, установление ее условий и в том числе права досрочного прекращения выкупа государством, обязанности в пользу государственных или общественных учреждений, повинности в пользу населения (обязательный тариф) и др. преимущества, которыми обладает обыкновенно государственное предприятие, в роде права на принудительное отчуждение необходимых для осуществления концессии земель—все это дает основание относить как самую концессию, так и вытекающие из нее права к публичному праву ¹³⁾.

С другой стороны составитель Швейцарского Гражданского Уложения, Е. Губер, рассматривает концессионный договор, как основание возникновения гражданских прав, почему этот договор предусматривается в Швейцарском Уложении.

По отношению к водам Е. Г у б е р допускал три различных конструкции:

а) Государство, допуская общее пользование публичными водами, может сохранить за собою некоторые особые виды пользования (рыбные ловли, электрическую энергию). Эти монопольные государственные права, как регалии, уступаются частным лицам и осуществляются ими, как концессии.

б) Государство предоставляет возможность устройств, создающих новые хозяйственные выгоды. Водная энергия, как и горные залежи, представляют из себя только потенциальную ценность, а не юридическое благо. Для того, чтоб сделать их юридическим благом, необходимо создать приспособления, затратить капитал и энергию. Только тогда эти потенциальные богатства будут служить человеческим потребностям. Концессия предоставляет юридическую возможность создать новые ценности и объекты права.

¹²⁾ В русской литературе этот вопрос освещал А. Таль в статье „Концессионные договора общественных управлений“ Вестн. Гр. Права 1915 г. № 7—8; кратко у проф. В. А. Рязановского „Лекции по гражданскому праву“, вып. IV. Харб. 1924 г.

¹³⁾ Ср. Randa D. Österreich W. recht стр. 9—10. Концессия на пользование публичными водами рассматривается им, как конститутивный акт, а разрешение, относящееся к частным водам, как декларативный акт.

с) Наконец возможна еще одна конструкция, тоже применяемая в горном праве. Государство, выдавая концессию, предоставляет право присвоения водной энергии, подобно тому, как предоставляется право присвоения угля и др. ископаемых. И в этом случае концессионер не получает готовые имущественные блага, а лишь право на завладение.

Государство в этом случае, как и в предыдущем, не может рассматриваться ни как продавец, ни как арендодатель. Предприятие создается и принадлежит концессионеру, который обладает им на началах частного права¹⁴⁾.

Таким образом, юридическая характеристика концессионного договора различна. Мы видим здесь ставшую уже обычной в наше время борьбу публичного права с частным. Объективный анализ юридического состава концессии показывает, что этот состав разнообразен.

„Организация общественного служения и обеспечение интересов обывателей,—говорит Л. Т а л ь, несомненно лежит в плоскости публично-правовых функций, осуществляемых посредством административных актов. Наоборот, обеспечение концессионеру возможности извлечения прибыли из отправляемой им деятельности составляет имущественный эквивалент этой деятельности и лежит, следовательно, в плоскости гражданского права“¹⁵⁾.

Можно различать в концессионном договоре три элемента: консенсуальный, выражающийся в форме взаимного договора с типичным для него автономным самоограничением каждой стороны и соответственным расширением правовой сферы контрагента; конститутивный, определяющий известное правовое положение концессионера (монополии, привилегии, право на содействие административных властей) и, наконец, нормативный, определяющий будущие взаимоотношения концессионера к индивидуально неопределенным третьим лицам.

При выдаче концессии государствам, нельзя рассматривать их только как акт верховной власти, диктующий концессионеру обязанности. Если бы это было так, то государство могло бы изменить впоследствии этот акт, как оно изменяет законы, не считаясь с правами концессионера. Государство связывает себя концессионным актом и устанавливает в пользу концессионера бесповоротно приобретенные права.

Поэтому концессии устанавливаются на срок, в течение которого

¹⁴⁾ E. H u b e r—Die Gestaltung des Wasserrechts (Ztschr. f. Schw. R. B. XIX стр. 540 и сл.). Возможно, конечно, что государство создает предприятие за свой счет и передает его в пользование, тогда можно говорить об аренде или каких либо других правах.

¹⁵⁾ Ук. соч. В. Гр. Пр. № 7 стр. 15.

права предпринимателя гарантированы от одностороннего нарушения. Если бы государство, на основании своих суверенных прав, отменило концессию особым законом, то оно должно было бы возместить концессионеру весь причиненный ему ущерб¹⁶⁾.

Государство, предоставляя концессию, обязано обеспечить выполнение предприятием общественных задач, служение публичным интересам. Отсюда возникают обязанности концессионера, которые регулируются не гражданским, а публичным правом.

Отмечая эти две составные части концессии, Гильти считает, что концессия носит характер двустороннего, частного договора, из которого вытекают права и обязанности, могущие быть предметом взаимных судебных исков, т. е. что концессия всегда имеет две стороны: публично-правовую (*Verleihung*—предоставление полномочий) и частно-правовую (смешанный или двойственный характер концессии¹⁷⁾.

Господствующее в настоящее время в административном праве направление отрицает механическое соединение в концессии двух различного рода договоров.

Концессия представляет из себя, с этой точки зрения, конститутивный и нормативный акт государства или общественного самоуправления, облеченный в форму публично-правового договора с частным предпринимателем¹⁸⁾.

¹⁶⁾ В декрете Сов. Нар. Ком. 23 нояб. 1920 г. „об общих экономических и юридических условиях концессий“ говорится:

„ст. 4: Правительство РСФСР гарантирует, что вложенное в предприятие имущество концессионера не будет подвергаться ни национализации, ни конфискации, ни реквизиции.

„ст. 6. Правительство РСФСР гарантирует концессионеру недопустимость одностороннего изменения какими либо распоряжениями или декретами Правительства условий концессионного договора“.

¹⁷⁾ Hilty в „Drei R. gutachten“. В этом издании объединены заключения трех видных юристов по поводу спора Западно-Швейцарских железных дорог с правительством, требовавшим увеличения числа поездов, вопреки условиям концессионного договора. Все три юриста признали обязанность государства возместить материальный ущерб, причиненный концессионеру, но построили различно теорию концессионного договора. Carrard оказался сторонником взгляда, что концессия—обыкновенный гражданский договор; этой точки зрения придерживаются также Рюттиман и Мэйли. Heusler признал концессию за акт, равноценный законодательству, который, как проявление верховной власти, может быть взят обратно; эту теорию развивает также швейцарский юрист Зейлер, некоторые юристы (Koch, Endemann) считают концессию законом об установлении привилегии и, наконец, Hilty развил компромиссную теорию. (О различных теориях концессии см. у O. Mayer'a B. II стр. 447-448).

¹⁸⁾ Эта теория публично-правового договора—создание современной науки административного права и результат ее новейших тенденций, описанных выше в гл. V (III). Во французской литературе, на основе практики Государственного Совета, как высшего административного суда, устанавливается (ср. Hauriou, Précis p 754-755) взгляд на концессионный договор, как на акт двойственного характера. С одной стороны он представляет собой административный акт, регламентирующий правовое положение концессионера и организуемый через посредство концессионера *le service public concédé* (публичную службу), что заставляет составлять *cahier des charges* (тетрадь повинностей) и подчинять концессионера государственной власти в пределах требований, вызываемых интересами общества. С другой стороны, она заключает в себе и граждан-

Таким образом, существующие учения усматривают в концессии следующие характерные черты: 1) с формальной стороны концессия представляет из себя публично-правовой акт, связывающий, однако, власть, как договор¹⁹⁾, 2) по содержанию, она, во-первых, предоставляет концессионеру ряд полномочий, каких не имеют другие предприниматели (конститутивный элемент) и, во-вторых, возлагает на него обязанности, относящиеся к „публичному служению“ (нормативный элемент).

Это учение о концессиях наименее уязвимо в части, относящейся к формальной стороне. Меньше всего подвержено сомнению, что концессия не представляет из себя ни обыкновенного договора (например аренды), ни простого одностороннего акта верховной власти (в виду устанавливающейся связанности концедента по отношению к концессионеру).

Но в остальном изложенная доктрина менее безупречна. Она создана применительно к узкому кругу концессий железнодорожных и муниципальных, где действительно концессионер выполняет обязанности, возложенные на правительственные и коммунальные органы, где, следовательно, концессионеру предоставляются и некоторые привилегии. Концессии охватывают, в действительности, более широкий круг отношений.

ский договор, обеспечивающий неприкосновенность имущественных прав концессионера и право его требовать либо отмены актов, нарушающих его интересы, без необходимости этого нарушения для целей общего блага, либо возмещения причиненных убытков. В немецкой литературе тоже широко был распространен выдвинутый Гильти взгляд на концессионный договор, учивший о смешанном или двойственном характере концессионного договора. Но новейшие учения административного права (Fleiner, O. Mayer) выдвинули новую точку зрения, что государство даже тогда, когда оно выступает субъектом имущественных отношений (казна) и заключает договора, все же стоит на почве публично-правовой, так что все цивилистические понятия в применении к вещным и договорным отношениям государства должны быть соответственно видоизменены. Выше мы видели применение этой теории, для конструкции „публично-правовой собственности“; в концессионном праве она применяется для построения публично-правового договора. Также, как публично-правовое представительство (действие в публичном интересе) отличается от представительства частного права, так концессионный договор, договор публично-правовой, в отличие от частного-правового, имеет целью (в большей или меньшей степени) осуществление общепользовного предприятия, обеспечение интересов государственных или общественных организаций (напр., электрической энергии), снабжение широких кругов населения на льготных началах и пр. Между концессионером и концедентом, говорит Ф лей н е р (Institutionen § 19)—публично-правовые отношения (публичные субъективные права на осуществление предприятий), между ним и третьими лицами—частно-правовые (договора и пр.). Но в основе отношения все же публичное право, что особенно наглядно в железнодорожной концессии (Kontrahierungszwang неотъемлемость прав, исключение залогоспособности предприятия).

¹⁹⁾ Не представляется существенным, чтобы концессия непременно была облечена в форму соглашения. Договорная форма избирается обыкновенно потому, что она особенно наглядна для обозначения связанности обеих сторон. Но там, где признается, что верховная власть может односторонним актом даровать права, гарантированные от последующей отмены или изменения даже законом (за исключением случая издания общего закона, умаляющего приобретенные права, с вознаграждением за причиненные убытки)—концессия может и не быть оформлена в виде договора (ср. Hauriou стр. 868).

Историческим предшественником концессии было пожалование, под которое подходят, как акты щедрости, преследующие цели вознаграждения (за то, что), так и предоставления целевые (для того, чтоб)²⁰). В этом порядке создавались предприятия, не носившие непосредственно характера общепользовных. Развитие концессионной практики в наше время в свою очередь расширяет круг отношений, подпадающих под понятие концессии, но не сопровождающихся ни получением свойственных публичным органам полномочий, ни возложением обязательств „публичного служения“. Практика советского концессионного права и толкования ст. 260 Версальского Трактата, расширяющие обычные представления о концессии, могут найти себе опору в мало изученных и совершенно неиспользованных для теории концессий водного законодательства. В этом отношении особенно интересны концессии, выдаваемые в государствах с индивидуалистическою системою водных прав.

3. Законодательства индивидуалистические.

К этой группе относятся законодательства Скандинавских государств, Англии, Соединенных Штатов, большинства Германских государств и Испании.

В Скандинавских государствах (Норвегии, Швеции и Финляндии) признается право частной собственности на воды²¹), с некоторыми ограничениями в интересах судоходства и сплава. Поэтому, в Норвегии все водопады, не исключая тех, которые расположены на больших реках, состоят в частной собственности. Но, этим не разрешались возникавшие практические вопросы, а потому в 1909 г. (18 сентября), а затем в 1911 (4 августа) были изданы специальные законы. Подтверждая, что каждый владелец, в силу принадлежащего ему права собственности на воды, может использовать водную энергию любым способом и не нуждается для этого в специальной санкции власти, закон 1909 г. устанавливает, однако, концессионное начало, если мощность водопада превышает 1.000 лошадиных сил и если эксплуатирующий его — иностранец или торговое товарищество.

Концессия предоставляется на срок от 60 до 80 лет с условием, что по истечении установленного срока водопад и все устройства со всеми машинами и принадлежностями переходят безвозмездно к госу-

²⁰) У проф. В. А. У д и н ц е в а (Посессионное право) можно найти не мало иллюстраций такого рода актов. Л а н д а у—Концессионные права союза С.С.С.Р. М. 1925 г. приводит пример надения Демидова, с целью развития производства, необходимого для армии. В период Берг—привилегии (государственной монополии на разработку недр) концессионный характер носило предоставление прав на разработку горных богатств.

²¹) См. выше, гл. I (III) прим. 37-39.

дарству; в собственности частных лиц остается только предприятие, пользующееся энергией. Кроме того, лицо, получающее концессию, обязано предоставлять по себестоимости 5% добываемой энергии в пользу общины, на территории которой предприятие осуществляется и 5% в пользу государства.

Интересно, что закон 1909 г. устанавливает также в числе обязанностей предпринимателей соблюдение ряда правил, гарантирующих интересы рабочих. Так, например, если для снабжения рабочих устраиваются провиантские склады, то прибыль их должна идти в пользу рабочих. Рабочим должны быть предоставлены средства и земля для устройства клубов и торговых заведений, которые они могли бы эксплуатировать. Рабочими в предприятиях этого рода могут быть только граждане Норвегии.

Наконец, самое распределение энергии для тех или других целей может быть подчинено указаниям правительства и контракт на предоставление энергии свыше 500 лошадиных сил в свою очередь должен быть заключаем, на концессионных началах, под угрозой штрафа.

Закон 1911 г. относится к водным течениям особой важности. Здесь предусматривается право принудительного отчуждения в пользу предприятия, возможность организации синдикального товарищества из землевладельцев, для совместного осуществления предприятия и административный надзор через посредство особой комиссии экспертов.

Таким образом, специальные законы Норвегии проникнуты в достаточной степени социальным духом. К этому следует еще добавить, что государство (Норвегия) является само предпринимателем в крупном масштабе. К 1914 г. оно владело 31 водопадом в 743.000 лошадиных сил.

В Швеции основной принцип тот же. Прибрежные владельцы — собственники водных течений и, для того чтоб эксплуатировать водную энергию, необходимо договориться с ними.

Попытки государства доказать свои преимущественные права и даже право обладания судоходными реками были отвергнуты судебною практикою, разъяснившею, что на государстве лежит только обязанность оберегать общественные интересы.

Недостаточность полномочий, вытекающая из этого права верховного надзора, побудила и шведского законодателя расширить применение экспроприации и допустить ее в пользу гидро-механических предприятий, предоставляя возможность прибрежным владельцам объединять несколько водопадов в один.

В Англии нет кодифицированного водного права. Реки и другие водные течения рассматриваются, как частная собственность прибрежных

владельцев, которые ограничиваются в интересах судоходства, санитарных, а также обязанностями, вытекающими из сопользования других владельцев.

Но, заинтересованные лица могут приобретать необходимые сервитуты и, таким образом, становится возможным осуществление предприятий и не прибрежными владельцами. В исключительных случаях, в интересах предприятий общественного значения, парламент особым актом может предоставить необходимый сервитут в порядке принудительном, с условием вознаграждения за причиняемый этим ущерб.

Практически в Англии не имеет существенного значения использование водной энергии, за ограниченностью ее запасов, а потому и интерес к соответствующему законодательству в ней ничтожен. Все же 22 дек. 1919 г. установлен правительственный надзор за гидравлическими предприятиями (учреждены должности комиссаров.)

В Соединенных Штатах Америки положение обратное. Они обладают колоссальными запасами водной энергии. Но здесь нет единого общегосударственного водного законодательства. Каждый штат регулирует самостоятельно водные отношения и федеральному правительству принадлежит лишь право высшего надзора.

По различию основных положений водопользования можно разделить Штаты на две группы: восточную и западную.

Восточные Штаты заселялись раньше других выходцами из Англии, которые принесли с собою обычные нормы, действовавшие в метрополии. Здесь укрепились право прибрежных владельцев (Riparian System). Право на прибрежные земли включает в себе, как составную часть, право пользования текучею водою. Прибрежный владелец имеет право использовать воду любым образом, при условии уважения к таким же правам других сопользователей и только в порядке, предусмотренном законом, и не иначе как за вознаграждение возможно ограничение прав прибрежного владельца.

Совсем иная система выработалась в Западных Штатах²².

Здесь господствует право *primi occupantis* (prior Appropriation). Но в чистом виде она уже не может сохраниться. Население растет, потребность в воде становится разнообразнее и требуется, с одной стороны, более равномерное распределение вод, с другой стороны наиболее интенсивное их использование. Отсюда проистекает, что в то время как в штате Колорадо еще господствует принцип апроприации их всюду и для всех надобностей (throughout the State for all Purposes), в Канзасе, Орегоне, Небраске это право признается безоговорочно уже только в

²² См. Outline of a course on Water Rights under the Appropriation System by L. Ward Bannister (Lecturer in Harvard Law School) 5-th Ed. 1923 г. В этом концепте противоплагаются Riparian System Восточных Штатов и преобладающая в семнадцати Западных Штатах Appropriation или Priority System.

отношении некоторых, но не всех береговых владений ранее приобретенных (As against Certain but not all Riparian Lands Previously Acquired). Далее устанавливается система укрепления приобретенных прав, система преимущественного пользования взамен принципа старшинства (Priority according to Character of Use instead of Seniority in Time—„Preferred Use“), ограничения количественные для новых апроприаций (Limitations on Quantity that may be claimed as against subsequent Appropriators), ограничения в праве менять характер пользования, прекращение прав вследствие использования (Forfeiture for Non-user)²³).

Мы имеем перед собою, таким образом, картину постепенного перехода к урегулированному пользованию водами, которое неизбежно сопутствует развитию народного хозяйства.

В Калифорнии, например, установилась своеобразная система, сочетающая принцип апроприации с признанием преимуществ береговых владельцев. Первый пользующийся водою имеет преимущественное право перед всеми прочими, исключая берегового владельца. Но последний теряет свое преимущество, если не примет мер для ограждения своего пользования в течение пяти лет, считая с того момента, когда начнется фактическое пользование, затрагивающее его интересы. В 1912 г. в Калифорнии издан закон о переходе к государству всех прав на воду, еще не присвоенных частными лицами.

Коррективом к партикулярному праву отдельных штатов являются распоряжения федеральной власти. С 1907 г. она учреждает особые комиссии, уполномоченные на ревизию различных предприятий государственного значения (железные дороги, телеграф, телефон). Комиссии эти получают право юрисдикции, а потому деятельность их приобретает руководящее значение. Их задача установить действительный контроль за деятельностью предприятий общегосударственного значения и устранить вредную конкуренцию между ними. Такие комиссии стали учреждаться и для регулирования гидро-электрических предприятий. Частная инициатива и предприимчивость сочетаются здесь с защитой прав и интересов общественных.

К этому следует прибавить, что на реках судоходных федеральные власти, охраняя общегосударственные интересы и торговые сношения, не допускают, без предварительного заключения договора с государством, ни одного сооружения, которое могло бы стеснить судоходство. Таким образом, здесь фактически установилась концессионная система и, при том, с очень неблагоприятным для частных предприятий запретительным характером.

Обладая огромными богатствами, в виде неисчерпаемой водной

²³) Изложенные данные заимствованы из упомянутой (прим. 22) работы L. Ward Bannister'a.

энергии, Соединенные Штаты встречают, однако, большие юридические затруднения в деле их использования. Государство свободно в распоряжении этими богатствами, лишь поскольку они находятся на землях государства (федеральные домены), которые, впрочем, составляют довольно значительные площади. Что же касается водопадов на частных землях, то государство обложено здесь только властью контроля и противодействия. Оно может воспрепятствовать осуществлению предприятий, считая их нежелательными с точки зрения судоходства, но не может заставить частных собственников уступить свои права и не противодействовать устройству гидро-механических станций. Американская конституция очень строго охраняет приобретенные права и собственность: ни законодательство штатов, ни даже федеральное не могут посягать на их неприкосновенность. Таким образом, сторонники поощрения эксплуатации водной энергии (Utilisationists) встречает сопротивление со стороны приверженцев непоколебимости закона (Conservationists). Облеченный широкими полномочиями Верховный Суд Соединенных Штатов стоит в свою очередь на страже закона и, обладая правом непризнания антиконституционных актов, отклоняет попытки отдельных штатов захватить источники водной энергии в свои руки.

Таким образом, в Соединенных Штатах вопросы водного права и, в частности, эксплуатации „белого угля“ составляют еще проблему не-легко разрешимую²⁴⁾.

Иначе обстоит вопрос в Г е р м а н и и. Ее современная конституция рассматривает собственность, как обязанность, и одним из практических последствий этого нового принципа является возможность принудительного отчуждения втуне лежащих богатств даже когда отчуждение совершается в частных интересах, в целях содействия возникающему предприятию, или, когда существующее пользование водным течением является отставшим и нужно дать преимущество другому, более полезному, с народно-хозяйственной точки зрения, предприятию. Эти идеи проведены были уже раньше в подробно изложенных нами (гл. VII) водных законах отдельных германских государств. Конституция лишь выразила в более общей форме принцип, ранее принятый в большинстве специальных водных законов.

Однако, вопрос об использовании водной энергии во время составления этих законов еще не был, повидимому, достаточно актуальным, хотя и обсуждался на съездах юристов (Juristentage)²⁵⁾.

²⁴⁾ В соседней с Соединенными Штатами Канаде рецепированы кодекс Наполеона и французский закон 1898 г., вследствие чего сплавные реки подчинены, как и во Франции, береговому праву. Это корректируется, впрочем, тем, что наиболее значительные из них, в виду их крупного экономического значения, причисляются к публичным доменам.

²⁵⁾ Так, например. Georgi (Der Sächsische Entwurf eines W.gesetzes стр. 73, 95.

Баварский закон 1907 г. требует предварительного разрешения административной власти для сооружения запруд или вододействующих сооружений с запруженной водою как на публичных, так и на частных реках (ст. 50), при чем разрешение (Genehmigung) может быть предоставляемо на условиях, которые определяются одновременно с выдачею разрешения (ст. 51).

Что же касается устранения противодействия устройству вододействующих предприятий, то для этого могут быть использованы ст. ст. 157 и 158 этого же закона. Первая из них дает административной власти право передавать воду частной реки, не использованную управомоченными на то лицами, владельцами, как прибрежных, так и не прибрежных участков, „если предполагаемое употребление дает основание со всею вероятностью ожидать значительной пользы для сельскохозяйственной культуры.... либо для промышленности“. Отчуждение производится за вознаграждение.

Наконец, Баварский закон открывает возможность организации публичных водных товариществ для устройства вододействующих заведений (ст. 111 п. 1) и предусматривает применение права принудительного отчуждения в пользу товарищеских предприятий этого рода (ст. 153 п. 4).

Саксонский закон предусматривает тоже необходимость правительственного разрешения на устройство вододействующих заведений (§ 23, 3). При выдаче разрешения производится проверка целесообразности и хозяйственности предполагаемого устройства, а равно, не нарушает ли оно каких либо из существующих прав и не противоречит ли соображениям общего блага (§§ 26, 27), но об установлении условий пользования ничего не говорится. Разрешение (Erlaubniss) носит характер чисто полицейский (осуществление административного надзора), а не концессионный (конститутивный и нормативный акт).

Специальных правил об отчуждении земель в интересах вододействующих предприятий в Саксонском законе нет, как равно не предусматривается им и организация водных товариществ для использования силы падения воды²⁶⁾.

Иначе обстоит дело в Бадене. Закон 1899 г. не содержал специальных норм, для урегулирования данного вопроса, но законом

116) указывает на выброшенные этими с'ездами положения о необходимости устранить распыление водной энергии при распределении ее между рядом мелких, вредящих одному другому, предприятий, о необходимости установления предельного срока концессий, представляемых для промышленных целей, чтоб усугубить опасность, которая могла бы грозить потомству, если бы через сто лет водная энергия была бы захвачена целиком рядом промышленных предприятий и реки, таким образом, были бы монополизированы индустрией, наконец, о необходимости урегулирования различных интересов и прав пользования водою.

²⁶⁾ Следует отметить, что запасы гидравлической энергии в Саксонии незначительны,

1913 г. в него включен ряд дополнений, непосредственно относящихся к использованию „белого угля“. Так, например, в § 36 абз. 3 новой редакции говорится об обязанности или праве владельцев предприятий, добывающих электрическую энергию, вознаграждать отпуском энергии тех, кто владел вододействующими сооружениями и подвергся ограничениям из за устройства гидро-механического предприятия²⁷⁾.

Использование водной энергии относится к числу тех видов пользования водами, которые, согласно Баденскому закону (§ 18 нов. ред.), могут быть допущены только в концессионном порядке. Частные права на воды в Бадене настолько ограничены, что они не могут составлять препятствия ни для осуществления государством гидро-электрических устройств, ни для обеспечения возможности их устройства частными лицами. Равным образом, принудительные нормы настолько широки, что владельцы прибрежных участков не могут препятствовать сооружению необходимых устройств на их землях (ср. §§ 32 и 35).

Что касается условий предоставления прав на добывание водной энергии, то они предусмотрены в § 74 закона. Здесь указан ряд наиболее существенных обязанностей из числа тех, которые могут быть возлагаемы на предпринимателей гидро-электрических предприятий.

Предоставляя частным предпринимателям на продолжительный срок использование мощных средоточий водной энергии, государство не безразлично к тому, на каких условиях будет отпускаться энергия потребителям. Концессионер, в свою очередь, заинтересован в свободе действий, иначе он будет слишком рисковать, затрачивая огромные средства на сооружение предприятия. Тем не менее, в концессии может быть предусмотрено право контроля государства над устанавливаемым предпринимателем и его посредниками тарифом на электрическую энергию.

Далее государство заинтересовано обеспечить интересы населения и публичных установлений и организаций, в смысле предоставления необходимой для их нужд энергии. Поэтому, концессия может возложить на предпринимателя обязанность выработки и отпуска энергии не менее определенного количества и чтобы в первую очередь были устроены и эксплуатировались сооружения, способные обслужить нужды государства, публичных учреждений, общин, а равно государственных и общественно-полезных предприятий, установлений и союзов. Если бы эта обязанность не возлагалась на концессионера, то можно было бы опасаться, что он предпочтет ограничить размеры своего

²⁷⁾ При рассмотрении законопроекта был, между прочим, поднят вопрос, возможно ли заменять, при отчуждении имущества, денежное вознаграждение натуральным (Wiener стр. 91).

предприятия и давать энергию только для тех целей, где он может ожидать наибольшей для себя выгоды.

Далее может быть определено, что часть акций и облигаций общества, по установленной цене, будет предоставлена государству или общине или другим публично-правовым организациям. Может быть установлена скидка платы в пользу государственных и общественных учреждений и предприятий или установлен предел цен или что цены будут снижены, когда чистая прибыль достигнет известного размера,

Государство может также, при выдаче концессии, выговорить себе право выкупа предприятия, по истечении известного срока, условия выкупа и способы вознаграждения должны при этом быть точно установлены в концессионном акте. На случай же, когда концессия прекращается сама собою (истечение срока, невыполнение условий), государство может выговорить право безвозмездного приобретения в собственность свою или общины всех сооружений на воде (запруда, водоотводные каналы, шлюзы, двигатели и другие принадлежащие сюда устройства), право приобретения по фактической стоимости к моменту выкупа всех находящихся вне воды сооружений и устройств.

Во избежание неожиданного краха предприятия или постепенного упадка его, что грозит внести серьезное расстройство в жизнь и деятельность всех его клиентов, государство должно осуществлять надзор и обладать всеми сведениями, характеризующими положение концессионного предприятия.

Поэтому предприниматель может быть обязан сообщать властям следующие сведения: устав и его изменения, размер основного капитала, отчислений в капитал, размер капитала в деле (Anlagekapital) и сумму долгов, финансовые результаты предприятия ежегодно, по заключении года, состояние сооружений и принадлежащих к ним устройств, строительные планы и предположения относительно завершения работ, переделок и дополнений. Предприятие может быть также обязано к публичной отчетности (опубликование баланса).

При этих условиях, власти будут в состоянии своевременно предусмотреть крах или затруднения концессионера и, в случае необходимости, принять меры, необходимые для его поддержки и восстановления. Власти могут также назначить срок предпринимателю, в течение которого должны быть приняты необходимые для укрепления дела или для устранения возникших препятствий меры, с тем, что по истечении этого срока, в случае невыполнения поставленных требований, концессия прекращается (§ 51 абз. 2).

Условия договора о ценах не могут быть отменяемы или изменяемы соглашением предпринимателя с его клиентами—см. § 44 (2).

Обслуживание предприятий и клиентов вне Бадена может быть

допускаемо не иначе, как с разрешения властей и данные о количестве энергии, отпускаемой таким образом, должны быть ежегодно сообщаемы властям.

Изложенные постановления Баденского водного закона о концессиях на использование водной энергии представляют собою, таким образом, хорошо разработанные, предусматривающие детали вопроса постановления, на основе которых могут быть составляемы, в каждом отдельном случае, разнообразные концессионные акты, учитывающие размер и значение предприятия.

П р у с с к и й закон 1913 г., несмотря на свою индивидуалистическую основу, предоставляет полную возможность использованию водной энергии не одним только береговым владельцам. Он не включает в себе специальных норм относительно предприятий этого рода, но хорошо разработанный в нем отдел норм о концессиях носит общий характер и благоприятно разрешает вопросы, возникающие при организации предприятий по использованию „белого угля“²⁸).

Очень благоприятствует гидравлическим сооружениям и предприятиям И с п а н с к о е законодательство. Оно несколько старо по времени происхождения. В основе действующего права лежит закон 13 июня 1879 г., который впоследствии неоднократно пополнялся, но преимущественно в части, касающейся ирригации. Воды разделены законом на три категории: частные, публичные (не доминиальные) и публичные доминиальные. Реки первой категории составляют собственность землевладельцев, в отношении же остальных вод права прибрежных владельцев ограничены и все виды использования, не предусмотренные в законе в качестве прав на воду, могут быть предоставляемы в концессионном порядке, при чем концессии, в виду практического преобладания во время издания закона ирригационных предприятий, предоставляются, согласно характеру последних, безвозмездно и без ограничения сроком. В этом существенное отличие от условий, предоставляемых законодательствами других государств, возлагающих, как мы видели, более тяжелые условия на концессионеров.

Из приведенного обзора видно, что многие из систем водного права (Соединенные Штаты, Бавария, Саксония, Испания) знают только концессионный разрешительный) порядок, но не кон-

²⁸) См. выше гл. VII, отд. IV, 3, прим. 97 и сл. Фактическое применение этих норм в данной области подтверждается наличием разъяснения в последнем по времени появления комментарии к Прусскому закону А. Вогт (стр. 72), в котором указывается, что ссылка в § 52 абз. 2 на необходимость „публичного интереса“ для обоснования некоторых льгот в пользу концессионера, не должна быть истолкована во вред создаваемым концессионерами предприятиям по использованию водной энергии, в виду того, что несмотря на их частный характер, за необходимость их создания говорят общие соображения гыдающегося значения.

цессии в техническом смысле слова. В других (Норвегия, Баден, Пруссия) применяется система концессий, как публично-правовых актов конститутивного и нормативного значения, но концессии эти не сопровождаются непременно предоставлением привилегий и возложением обязанностей „публичного служения“. Концессии предоставляются и просто крупным предприятиям, единственное значение которых для государства, что они рационально используют двигательные силы воды.

Дальнейшая разработка этого вопроса связана с изданием послевоенного закона во Франции.

4. Французский закон 1919 г. и теория концессий.

Французское законодательство (закон 1898 г.) не благоприятствовало широкой постановке использования водной энергии. Поскольку ставился вопрос об использовании энергии из государственных рек (*du domaine public*), закон не предоставлял возможности разрешать длительные устройства. Эксплоатации доминиальных имуществ, в виду их специального назначения, не соответствовало разрешение на постоянное использование воды, а краткосрочное разрешение, наоборот, не соответствовало бы природе промышленных предприятий.

Другого рода препятствие встречала инициатива устройства гидравлических сооружений на частных водах (несудоходных). Береговые владельцы, как мы видели, обладают правом собственности на ложе, но не на воду. Только в целях орошения специальные законы разрешают вывод вод из реки, при чем с разрешения подлежащих властей, для этого можно соорудить плотину и опереть ее на чужой берег. Но, для устройства промышленных предприятий этого права уже не предусматривалось. Нужно или владеть обоими берегами или приобрести право у соседа. Вывод воды из русла тоже встречал затруднения, так как владельцы нижележащих участков имеют право требовать, чтобы вода при выходе с участка шла нормальным руслом. В большинстве случаев это создавало своего рода *veto*.

При благоприятных условиях расположения рек, промышленники могут не быть владельцами прибрежных участков, им, следовательно, представлялось опять таки необходимым приобретать прибрежные участки. На этой почве развивается недоброкачественная спекуляция: намеренное возвышение цен, скупка небольших участков, для принуждения к выкупу, приобретение по дешевой цене у крестьян, для перепродажи.

Применение права экспроприации было недопустимо, для этого не было оснований, так как предприятие, для которого производилась бы экспроприация, связано с извлечением выгод частными лицами и

только косвенно служит общим интересам, а, между тем, только во имя последних и может быть допущено такое серьезное покушение на частную собственность, как экспроприация.

Таковы были те юридические затруднения, которые препятствовали во Франции (как и во всех других государствах, где не было издано специального закона²⁹) удовлетворительному разрешению вопроса об использовании водной энергии.

Требовалось издание специального закона, который предоставил бы право органам государственной власти давать концессии на устройство полезных сооружений, во имя развития промышленности (*pour cause d'utilité industrielle*). Становится достоянием общественного мнения сознание, что появление нового крупного промышленного предприятия, дающего заработок тысячам людей и удешевляющего продукты широкого потребления, не менее важно, чем устройство электрической станции. Возможность применения экспроприации в несколько более широком масштабе уже не кажется кощунственным посягательством на священное право собственности. Однако, препятствия для издания нового закона оказались все же трудно преодолимыми.

Представители промышленности требовали, чтобы новый закон не ограничивал концессии определенным сроком. Береговые владельцы, наоборот, протестовали против совершенного игнорирования их прав.

Война помогла разрешению вопроса. Она обострила нужду в благоприятствовании промышленности и исключительными мерами военного времени не только подготовила, но и сделала необходимым проведение закона, который раньше казался революцией: требовалось закрепить фактическое положение, создавшееся, в силу секвестров, принудительных мер и разрешений, выданных в чрезвычайном порядке.

Закон об использовании силы падения воды для промышленных целей издан 17 октября 1919 г. Его действию подчинены все категории вод, как домэниальных, так и частных. „Никто, гласит [ст. 4 этого закона,—не в праве распоряжаться энергией водных течений (в виде электричества), независимо от того, к какой категории принадлежат эти воды, иначе как по получении концессии или утверждения властей.

Общие правила этого закона таковы: устройство всех предприятий по использованию энергии вод поставлено в тесную зависимость от публичной власти, а условия использования поставлены в зависимость от размеров и значения предприятия.

Государственная власть, по смыслу закона, рассматривается как бы в виде хранителя народных богатств, которые остаются еще не-

²⁹) Ниже (гл. X) излагается аналогичное положение вопроса в дореволюционной России и проект закона об использовании силы падения воды (водных средоточий).

использованными. Авторы закона пользовались параллелями с горным правом Франции³⁰). Горные богатства считаются никому не принадлежащими. Право на землю не распространяется на недра, объем его определяется *excepris metallis*. Объяснение этому дается такое. Собственники использовали свое право не полностью, они застраивали, засевали, засаживали, но им не приходило в голову, что под земною корою их участков находятся горные богатства, оставшиеся им неизвестными. На каком же основании закон должен был распространять их право и на эти богатства? Они были исключены из обладания частных собственников и государство, преследуя общие интересы, стало давать разрешение на разведку, как оно дает разрешение на охоту: право на присвоение свободных ценностей.

Эти рассуждения легко перенести на вновь открытое богатство, „белый уголь“. Его тоже не замечали и было бы неожиданным подарком собственникам признание за ними исключительного права на это неведанное ими богатство. Прибрежные владельцы, обладающие правом пользования текущими водами, не имеют основания претендовать, чтобы им была непременно отдана гидравлическая энергия. Она не принадлежит никому и государство, на обязанности которого лежит попечение о нуждах промышленности, дает разрешения на использование силы падения воды, по принципу наибольшей хозяйственной целесообразности.

Право, которое при этом устанавливается, носит вещный характер, независимо от того, на каких водах оно устанавливается. Здесь закон отступает от прежнего порядка, когда *domaine public* не могло быть обременяемо никакими исключительными правами, в силу специального законодательного постановления, запрещавшего установление таких прав на домены.

Что касается условий утилизации водной энергии, то здесь закон установил два режима: режим концессий для предприятий, преследующих общественные интересы или с мощностью свыше 500 киловатт, и режим утверждения (*autorisation*) для всех остальных предприятий.

Каждой из этих групп предприятий посвящена специальная глава закона.

Концессии предоставляются на срок не более 75 лет, при чем может быть выговариваемо и право досрочного выкупа. Концессионер обязуется уплачивать государству два вида обложения. Одно в виде таксы, определяемой пропорционально количеству добываемой энергии, другое определяется в договоре в *cahier des charges*, в зависимости от характера предприятия.

³⁰) Н. Berthèlem y—*Traité de dr. adm.* 1920. стр. 543 примеч. Hauriou *Précis* стр. 786, прим. 1.

Так, например, допускается соглашение об участии государства в прибылях, в случае продажи энергии. В случае же утилизации ее самим предприятием, концессионер может быть обложен сверх обычной таксы, оброком, пропорциональным количеству используемой в предприятии энергии. Помимо того, концессионер принимает на себя обязанность обеспечения известного количества воды или предоставления некоторого количества энергии для государственных или общественных надобностей. Концессия, по идее закона, не должна носить характера предоставления силы падения вод исключительно в интересах частной промышленности.

В целях содействия осуществлению концессий, закон предоставляет концессионерам те правовые преимущества, которыми сопровождается поручение общественных работ (*travaux publics*): устанавливаются сервитуты, необходимые для проведения воды и постановки заводов; в случае серьезной нужды применяется и экспроприация необходимых для концессионера участков (ст. 5). В этом отношении образцом для закона 1919 г. послужило также горное законодательство.

Разумеется, при выдаче концессий, принимаются во внимание уже существующие виды пользования водою и, поскольку концессия дается на частных водах, заинтересованные лица (береговые владельцы) должны быть вознаграждаемы деньгами или натурой (отпуском энергии), поскольку их права ограничиваются или нарушаются при осуществлении концессии.

Режим утверждения (*autorisation*) предприятий дает меньшие гарантии. Здесь подчеркивается характер прекарности и отменности предоставляемого разрешения в интересах домена или для ограждения интересов собственников, когда предприятие допускается на частных водах. Предприятия, открываемые, согласно этому режиму, подлежат только обложению, имеющему цель учета производительности³¹⁾.

Какая же судьба ожидает предприятия концессионеров, по истечении срока концессий? За десять лет до истечения срока концессии, администрация должна сообщить концессионеру свои намерения. Если это не будет выполнено, то концессия возобновляется, но не более чем на 30 лет (ст. 13), но государство может и иначе решить судьбу концессионных предприятий. После 75 лет они переходят к государству. Владельцы предприятий имеют, таким образом, в течение концессии лишь суперфициарное право. Но, больше этого, даже те предприятия, которые были организованы до издания нового закона, переходят, по истечении 75 лет, в собственность государства. До истечения этого срока они продолжают существовать на прежних основаниях и выпла-

³¹⁾ Так. назыв. *taxe de statistique*.

чивают государству только обычные налоги. При переходе этих предприятий к государству собственникам выплачивается в виде возмещения четверть стоимости предприятия.

Правило это не распространяется на мелкие предприятия (мощностью до 50 килоуатт), которые остаются в собственности их владельцев вне всяких ограничений.

Изложенный закон 1919 г. выражает характерные тенденции и взгляды нового времени. Он был единогласно принят в парламенте, что свидетельствует насколько уже укоренилось сознание, что в области водного хозяйства частные интересы должны быть подчинены публичному режиму, а инициатива отдельных предпринимателей — планомерности и руководству.

Подчинение концессионному режиму частных рек и грядущее обобществление всех предприятий по использованию водной энергии — показатель нового торжества принципа публичности, начала этатизма над либерализмом³²⁾.

Тем не менее и в законе 1919 г. не только не искореняется частное право, но, наоборот, даже подчеркивается частно-правовой характер прав концессионера.

Нам представляется правильным утверждение комментатора французского закона 1919 г. Дюран-Дасте, что концессионер обладает не одним правом, а совокупностью различных прав³³⁾, вещный характер которых подтверждается способностью этих прав быть предметом залога³⁴⁾.

Французский закон 1919 г. построен на той конструкции, которую предложил Е. Губер³⁵⁾. Государство оставило за собою право присвоения водной энергии и это право передает частным лицам.

Мы видим здесь, что концессионеры получают то, что не предоставлено свободной апроприации частных лиц. Здесь проявляется существенная особенность всех концессий. Они всегда представляют какие либо изъятия. Государство исключает из свободного оборота некоторые вещи, или некоторые виды пользования ими, но, затем, предоставляет отдельным лицам на особых основаниях частичное использование их. Изъятие, которое таким образом допускается, должно быть обосновано специальным актом власти.

Концессии так часто предоставляются на публичные вещи, что может возникнуть представление о концессиях, как правах эксплуатации публичных вещей. Но, при выдаче концессии иногда не предоста-

³²⁾ M. Hauriou, Précis p. 785 n. 1.

³³⁾ J. Durand-Dastès p. 207 сл.

³⁴⁾ Art. 21 „Les droits résultant du contrat de Concession ou de l'arrêté d'autorisation d'aménagement des forces hydrauliques, sont susceptibles d'hypothèques.

³⁵⁾ См. выше прим. 14.

вляется никакого имущества. Концессионер сам должен создать предприятие; ему предоставляются только правовые возможности для этого. И здесь концессии на использование водной энергии очень показательны, так как они даются не только на публичных, но и на частных водах. Государство, следовательно, не передает концессионеру никакого имущества, а лишь снабжает его полномочием, которого не имеют, по общим законам, частные лица. Для создания концессии может быть, поэтому, достаточно, чтобы какие либо права были монополизированы государством³⁶⁾.

Но, государство могло бы предоставить публичные имущества и права присвоения путем заключения арендных договоров, отчуждения и пр. Специфическая особенность концессионных договоров еще в том, что они заключаются в предположении общественной пользы разрешаемого предприятия.

Изъяв из оборота какие либо имущества или монополизировав какие либо права, государство возвращает их обороту уже на новых началах, обеспечивающих социальные интересы. Значит ли это, что концессионер обязательно выполняет публичные функции, возложенные на государство или на отдельные публично-правовые органы его: земства, города и пр.? Если это можно сказать о концессиях железнодорожных и коммунальных (освещение, водопровод, канализация), то едва ли это правильно в отношении всех концессий на использование в одной энергии. Будет точнее определить объект концессии, как осуществление предприятия, признаваемого общественно-полезным. Концессия может быть выдана и для организации частного предприятия, приносящего выгоды частному лицу, когда такого рода предприятия необходимы и для страны³⁷⁾.

Если связь концессии с изъятиями из общего правового режима определяет конститутивный элемент ее, то социальное значение предприятия обобществляет нормативную сторону концессионного акта.

Государство по меньшей мере обеспечивает себе контроль над

³⁶⁾ Предоставление одним государством другому территории, для устройства городского поселения с правами самоуправления, вполне удачно называется концессией, так как и здесь имеется изъятие, которое может быть допущено только в исключительном порядке. По советскому праву концессия может быть выдаваема на право занятия внешней торговлей. (Го й х б а р г, Хоз.Пр. стр. 38)

³⁷⁾ Так именно объяснил необходимость перехода к концессионной системе Ленин. „Это—говорил он—экономический договор с передовым финансовым капиталом в передовых странах, договор, который дает нам наибольшее увеличение продуктов, но и увеличение продуктов контрагентов. Если мы дадим руду или лес концессионеру, он возьмет громадную долю этого продукта и нам даст небольшое долевое отчисление. Но для нас важно увеличить количество продуктов вообще, поэтому и небольшое отчисление есть все же плюс для нас“. (см Карасс „Советское промышленное право“, 1925, стр. 127).

концессионным предприятием, но может выговорить и ряд условий, возлагающих на концессионера серьезные обязанности в интересах не только государства, и его органов, но и в интересах третьих лиц³⁸⁾.

Осуществление концессионером предприятия, особенно предприятия сложного и дорогого, может требовать предоставления различных преимуществ (привилегий). Но, это случайная, а не составная часть концессии. Уже самое предоставление концессии является преимуществом, так как оно означает изъятие из общего порядка, предоставление права, которым не обладают все. Дополнительно концессионеру могут быть предоставлены легальные сервитуты и право экспроприации, но лишь тогда, когда это вызывается соображениями общественной пользы³⁹⁾.

Остается еще вопрос о договорном характере концессии. Его признают почти все исследователи. Несмотря на то, что концессионный акт может быть по форме односторонним, он все же основывается на соглашении и представляет собою договор.

Концессия (в частности концессия на воды) представляет собою, таким образом, облеченный в форму публично-правового акта, договор о предоставлении прав, не составляющих общего достояния, цель которых осуществление общественно-полезного предприятия, на усло-

³⁸⁾ Эту сторону концессии ясно характеризует проф. Шрете^р „Система промышленного права СССР“ М. 1924 стр. 59: „в соединении концессии с нормированной социальной функцией и лежит ключ к пониманию своеобразия современных буржуазных концессий, по сравнению с частным предпринимательством“. Ландау (о. с. стр. 43) дает следующее определение концессии по советскому праву: „Концессия есть специальный закон, издаваемый Советом Народных Комиссаров Союза и предоставляющий, в целях общественной пользы на известных условиях, в частное пользование, предметы, постановлениями Гражд. Код. изъятые из частного оборота“.

³⁹⁾ С концессиями на пользование водною энергиею связаны, нередко, имеющие, впрочем, более широкий круг применения концессии на право снабжения электричеством энергиею, которые предполагают право устройства сети прогодов, установок и пр. Во Франции все возникающие при этом правоотношения урегулированы законом 27 февраля 1925 г. Предпринимателям либо предоставляется одно только разрешение на пользование публичными дорогами, площадями и пр. (la permission de voirie) или предоставляются концессии. Комментарий этого закона, P. Jolly. Le nouveau régime légal des distributions d'Energie Electrique P. 1925 считает разрешение пользоваться домами льготой (une faveur), подчиненной известным условиям (стр. 91), в то время как концессия—своеобразный договор, основанный на идее общественного служения (service public). Признание концессий имеющими общественное значение (d'utilité publique) дает, конечно, право на применение экспроприации и специальных сервитутов (стр. 94, 97 прим. 4).

Ср. A. Mestre Propriétaires (et) Compagnies de distribution d'Energie électr. 1925 стр. 10. G. Monsarrat, Les voies urbaines P. 1924 стр. 137-138, где автор объясняет, что „autorisation de voirie“ (часто называемое более узким permission de voirie) означает установление таких прав пользования публичными путями, которые не входят в обычное их назначение; при концессии создается, по существу, то же, но здесь права происходят не из разрешения, а из договора.

виях контроля власти или подчинения специальным условиям, обеспечивающим достижение публичных интересов.

Таким образом, в каждой концессии имеются элементы публично-го и частного права. Водное законодательство с его неизменной двой-ственнойностью правовых начал, представляет благодарный материал, для проверки теоретических учений о концессии.

ГЛАВА X.

ВОДНОЕ ПРАВО РОССИИ НАКАНУНЕ И ПОСЛЕ РЕВОЛЮЦИИ.

1. Реформы, проектированные до революции. Проект общего водного закона. Затруднения, встреченные комиссией. Проект закона о водных товариществах. Законопроект об использовании водной энергии. Предположение реформы ирригационного законодательства (Закавказье, Крым). 2. Советское законодательство. Национализация вод. Связь водного права с земельным. Предположения об издании Водного кодекса. Положение вопроса в Туркестане, Закавказьи, Крыму. Мелиоративные товарищества. Концессии на водопады.—Соображения *de lege ferenda*.

По сравнению с современным водным законодательством Франции и Германии дореволюционное русское водное право было очень отставшим и давно ждало радикальных реформ.

Из материалов, относящихся к проекту водного закона, разработывавшемуся в междуправительственной комиссии при Министерстве Юстиции, начиная с 1907 г.¹⁾, видно, что вопрос об издании общего водного закона был возбужден еще в 1838 г. и с тех пор подвергался обсуждению в разнообразных комиссиях. Работы их завершились изданием правил 20 мая 1902 г. „об устройстве канав и других водопроводных сооружений“ (см. гл. II). Но, уже через несколько лет опять возобновляется обсуждение вопроса о пересмотре водного законодательства.

1. Реформы, проектированные до революции.

Междуправительственная комиссия, учрежденная в 1907 г. под председательством сенатора И. И. Карницкого, получила широкое задание—выработать общий водный устав.

Эта комиссия, хотя и не закончила своей работы, но значительно подвинула ее. Она столкнулась с тем серьезным препятствием, которое

¹⁾ Журналы №№ 1-11 (1907-1911 г. г.) и записка „Основные положения проекта водного закона“ (изд. Министерства Юстиции.)

посюду затрудняло издание водных законов, а именно с неразработанностью теоретической стороны вопроса. Возможно ли право собственности на воды? кому принадлежат публичные воды? что из себя представляет общее пользование? все эти вопросы вызывали большие разногласия, взаимное непонимание и различные сомнения. Попад в тупик этих сомнений, законодатель, обычно, склонялся в сторону наименьшего сопротивления: он отбрасывал все трудные вопросы материального водного права и ограничивался административной стороной его. К этому склонилась и комиссия Карницкого.

Но, тем не менее, работа ее затягивалась еще и по другой причине. Водное хозяйство русского государства до того разнообразно, что создать такой гибкий закон, который бы мог охватить все особенности различных частей страны и удовлетворить всем ее потребностям, было чрезвычайно трудно даже при ограниченном масштабе работ.

Так, напр., когда был поднят вопрос о классификации вод, то один из членов комиссии указал, что нельзя руководствоваться при этом одним только признаком пригодности их для судоходства и сплава, игнорируя такие потребности, как орошение и эксплуатация воды в промышленных целях. Он указывал на пример рек Аму-Дарьи и Сыр-Дарьи, совершенно непригодных для судоходства и сплава, но представляющих громадное значение для других целей. На это, разумеется, можно было ответить только выделением из сферы действия общегосударственного закона таких своеобразных районов, как Туркестан, Закавказье и пр., где водное законодательство должно быть построено применительно к местным условиям. Для коренных же губерний пригодность водных течений для судоходства и сплава представляется, конечно, основным признаком, наиболее подходящим для классификации их, тем более что перевозка хлеба и леса по водным путям представляет фактор первостепенной важности в экономике русской торговли, так как сырье, да еще громоздкое и дешевое, выдерживает лишь дешевые водные перевозки на отдаленные расстояния.

Внимание комиссии было также обращено на необходимость урегулировать пользование подземною водою, т. к. во многих районах землеустройства подземная (добываемая артезианским способом) вода представляет единственным источником водоснабжения хуторских и отрубных хозяйств. И здесь мы видим вопрос специального порядка, который легче было бы разрешить на месте.

Разногласие вызывал вопрос, необходимо ли разрешение правительственной власти для предприятий осушительных. Одни требовали свободы этих работ, другие находили, что эти работы могут быть опасными и для сельского хозяйства другой местности и для судоходства и сплава (обмеление и засорение, благодаря спуску загрязненных

вод). Но, и этот вопрос из тех, которые трудно разрешить в общем масштабе.

Из работ комиссии наиболее близки были к осуществлению проекты положений о водных товариществах и о пользовании водною энергиею.

В основу проекта междуведомственной комиссии были положены принципы европейского законодательства о публичных водных товариществах, а именно предполагалось, что независимо от того, в каком порядке они возникали бы (добровольно или с применением принуждения), все же они будут подчинены надзору власти, с предоставлением последней права совершать, за счет товарищей, действия, необходимые для правильного осуществления предприятий товарищества, а также права назначения из среды товарищества правления или особого управляющего делами. Было принято и начало принудительного привлечения меньшинства, и порядок взыскания с товарищей обязательных взносов в бесспорном порядке (по правилам о взыскании городских и земских сборов), и даже—применение к водным товариществам принципов „товариществ с ограниченою ответственностью“, в смысле взыскания с товарищей, при недостатке наличного имущества товарищества, для покрытия его долгов,—дополнительных взносов, пропорциональных участию каждого из товарищей в издержках предприятия.

Проект этот, как и другие работы комиссии остался без движения²⁾. Взамен его в Государственную Думу был представлен законопроект сельскохозяйственного ведомства, который возлагал работы общепользовного характера на земские и правительственные учреждения, а мелиоративные товарищества ограничивал лишь пределами добровольного соглашения заинтересованных лиц, правда, с правом возложения участия в расходах на тех из неприсоединившихся, кто извлечет из предприятия выгоду, не участвуя в его создании.

Хотя составление крайне несовершенного проекта Главного Управления Землеустройства и Земледелия было мотивировано тем, что этот проект мог быть осуществлен до завершения работ по составлению общего закона и до организации специальной водной администрации, но, в действительности, и он не был осуществлен.

Другая вполне подготовленная реформа, в области водного законодательства, также ждавшая своего осуществления накануне революции, относилась к использованию водной энергии. Мы имеем в виду проект Министра Путей Сообщения „об объявлении средоточий силы падения воды или пространств водных течений, пригод-

²⁾ См. гл. VIII прим. 23.

ных для образования означенных средоточий, имеющими государственное или общественное значение“.

Составители этого проекта задались целью провести следующие меры: „а) допустить, в подлежащих случаях, изъятие права распоряжения силою падения воды из обладания частных собственников—владельцев прибрежной земли; б) предоставить, в тех же случаях, право распоряжения означенной силой государству; в) привлечь, в возможно широкой мере, частную инициативу к использованию силы падения воды в промышленных целях, допустив в пользу предприятий сего рода право принудительного отчуждения имуществ, но подчинив, вместе с тем, деятельность их по использованию означенной силы подробной регламентации правительства; г) признать за государством право непосредственного использования силы падения воды своим распоряжением, и д) дать в законе определенное разрешение вопросу об основаниях оценки земель, отчуждаемых для надобностей использования силы падения воды“.

Для проведения этих мер, составители находили опору в законодательстве о лесах и о минеральных водах. А именно, принято было во внимание, что лесной устав предоставлял правительству право приобретения защитных лесов в принудительном порядке, если владельцы отказывались произвести издержки, необходимые для сохранения лесов. Закон же о сохранении источников минеральных вод (19 февр. 1885 г.) давал право объявлять минеральные воды имеющими общественное значение, после чего источники переходили под особое покровительство правительства. Владельцы земель в пределах округа охраны каждого источника подвергались разного рода ограничениям, а самое пользование—правительственному надзору.

Проект широко охватывал различные цели, для которых могли быть применяемы специальные правила, ограничивавшие частных владельцев. Ст. 2 проекта заключает в себе следующий перечень условий объявления средоточий силы падения воды и пригодных для их образования пространств водных течений „имеющими государственное или общественное значение“:

- 1) если использование силы падения воды требуется в целях, имеющих непосредственное государственное или общественное значение,
- 2) если использование силы падения воды требуется для надобностей промышленных предприятий, которые, по свойству своего производства, особенно нуждаются в пользовании означенной силой и имеют особое значение для развития производительных сил государства,
- 3) если использование силы падения воды требуется для промышленного предприятия, имеющего целью раздачу электрической энергии в населенные пункты,

4) если использование силы падения воды требуется для предприятия, имеющего в виду надобности сельскохозяйственной мелиорации,

5) если использование силы падения воды требуется для предприятия, хотя бы и не соответствующего признакам, указанным в пунктах 2-4 сей статьи, но соединяется притом с значительным улучшением существующего судоходства и сплава, либо обращением несудоходных или несплавных водных течений в судоходные и сплавные, и

6) если окажется необходимым оградить средоточия силы падения воды или пригодные для их образования пространства водных течений от порчи или истощения, либо устранить существующее нецелесообразное пользование означенными средоточиями или пригодными для их образования пространствами водных течений (ст. 2).

Из этого перечня видно, что проект предполагал не только обеспечить возможность создания государственных и муниципальных предприятий, но и помочь осуществлению частных предприятий. Он предусматривал, соответственно, и содержание концессионных договоров (ст. 35). Максимальный срок предоставления водопадов предпринимателям был намечен в 60 лет, а срок для наступления права выкупа предприятия казною не более чем в 30 лет со времени осуществления предприятия и открытия его деятельности. Если право выкупа не будет осуществлено, то „по истечении срока, на который средоточие силы падения воды или пригодное для его образования пространство водного течения, признанное имеющим государственное или общественное значение, предоставлено для использования частному предпринимателю, предприятие по использованию водяной силы, со всем принадлежащим ему имуществом, безвозмездно поступает в казну“. (Ст. 36).

Проект был построен на том, что водная энергия, как особое имущество, почти не поступала в гражданский оборот, поэтому при вознаграждении владельцев земель, отчуждаемых для предприятий по использованию силы падения воды, исключались из внимания выгоды, которые могло бы принести пользование водною энергиею³⁾.

Сравнение этого проекта с европейскими образцами показывает, что он принадлежит к числу наиболее передовых и может быть назван слишком жестоким в отношении предпринимателей. Если б он был утвержден, то едва ли содействовал бы широкому привлечению частного капитала к делу использования „белого угля“.

³⁾ „При определении размера вознаграждения владельцев русла водного течения или прибрежных участков не принимаются в расчет выгоды, зависящие от возможности предполагаемого использования силы падения воды на принадлежащих им участках.“ (Ст. 34 абз. 2). Ср. ст. 40. Рассуждение это очень напоминает конструкцию, которую руководствовался французский законодатель. Объяснительная записка подтверждает, что французский проект оказал сильное влияние на составителей.

Юридическая сторона проекта была достаточно разработана, но можно подвергнуть сомнению степень обдуманности экономических выгод сравнительно кратковременной концессии.

В процессе разработки, частью законодательными учреждениями (для Туркестана), частью ведомствами (для Закавказья и Крыма) родились также различные предположения, относившиеся к ирригационному законодательству.

Так, например, хотя Закавказский закон 1890 г. и соответствовал, как это признано в литературе вопроса, обычному праву и за тридцать лет своего действия укоренился в правосознании населения, однако, в законе этом были несомненные пробелы и недостатки, которые требовалось устранить. В 1914 г. высшею краевою властью были выработаны подробные предположения о дополнении Закавказского водного закона, причем, в частности, признавалось необходимым: 1) установить правила, ограждающие существующее пользование подземными водами и определяющие порядок осуществления новых предприятий по использованию этих вод; 2) допустить принудительное присоединение к участию в пользовании чужими гидро-техническими сооружениями для пропуска воды; 3) распространить правила о принудительном отводе необходимых для устройства водных сооружений земель на предприятия по осушению болот и борьбе с разрушительным действием воды; 4) упорядочить денежное хозяйство водных округов и 5) преобразовать управление водным делом края на началах децентрализации и ближайшего взаимодействия органов водного управления с общою администрацией и всеми заинтересованными ведомствами⁴).

Проект этот дальнейшего движения не получил.

Намечались также и реформы Крымского закона. Вопрос об его коренном пересмотре был возбужден в 1916 г. Это было уже почти накануне революции.

Нагрянувшие события остановили, конечно, все работы в области водного законодательства: советская система должна была принести сюда совершенно новые начала.

2. Советское законодательство.

Национализация земель и вод упростила разрешение некоторых вопросов. Так, например, отпали те исходящие из действия частно-правовых принципов затруднения для использования белого угля, которые в последнее время законодательству различных стран приходилось преодолевать изданием специальных новелл. После национализации земель и вод, советская власть свободна от юридических затруднений

⁴ См. Д. С. Флексор — „Основы водного законодательства в районах искусственного орошения (Крым, Закавказье, Туркестан). Ленинград 1926 г.

для осуществления разнообразных мелиоративных работ (осушение, орошение, обводнение), так-как возможность коллизии частных и общественных интересов ослабилась до последней степени, а противодействие со стороны частных собственников вовсе отпало.

До издания специальных законов о праве на воды юридическое положение вод в СССР разделяет судьбу земель⁵⁾. Так же, как и земли, воды составляют достояние государства, но так же, как и большая часть земель, они фактически предоставлены в бессрочное и безвозмездное пользование трудовому населению (особый вид вещного права на чужую вещь, ближе всего стоящий к личному непередаваемому сервитуту пользования). Вместе с землями предоставляются и воды; за государством остается, однако, верховный надзор и право отчуждения для общественных и государственных надобностей.

В непосредственном обладании государства остаются те воды, которые находятся на землях, оставшихся в заведывании и распоряжении Народного Комиссариата Земледелия (ст. 157 Зем. Код.), т.-е. составляющих государственные земельные имущества в собственном смысле слова.

Таким образом, национализация вод ликвидировала существовавшие до революции частные права на воды и леса, но она не должна была представлять собою простую замену множества владельцев одним. Государство, в качестве собственника вод, так же как и в качестве собственника земель, является носителем не одних только прав исключительного распоряжения и пользования земельными пространствами, в частности пространствами водными: приняв в свое исключительное обладание все воды, государство приняло на себя и обязанность обеспечить потребности населения. Далеко не всегда это можно сделать за плату, предоставляя пользование государственным имуществом за вознаграждение. Для этого потребовался бы колоссальный аппарат надзора и отчетности и, нередко, чрезвычайно мелкие расчеты. Часть вод государство предоставляет, поэтому, населению в исключительное и безвозмездное пользование, другими оно распоряжается, как одним из видов публичного имущества, отчасти в интересах общественных, без коммерческих целей, отчасти же—как источником фискального дохода, и, наконец, часть вод оно признает внеоборотным благом государственного значения, совершенно исключенным

⁵⁾ Советский Гражданский Кодекс из ял земли из числа предметов частного оборота и объявил их достоянием государства (ст. 21 Гр. Код.). Этому, естественно, сопутствует провозглашение исключительною собственностью государства вод и лесов (ст. 53 там же), так как составною частью того, что называется водами или лесами, является земельное пространство, покрытое водою или лесною растительностью.

из оборота (эксплуатации), и ограничивается охраною их неприкосновенности. Отсюда проистекла необходимость специального регулирования правоотношений, касающихся вод, т.-е. особого водного права. Это особое право не распространяется на воды, отделенные от земли и обратившиеся в обычную движимость, подверженную действию общих законов.

Однако, советский законодатель не закончил работы по изданию Водного Кодекса. Правоотношения по поводу вод в различных социалистических республиках Советского Союза определяются либо на основании некоторых общих логических выводов, вытекающих из основных начал земельного законодательства и гражданских законов, либо на основании местных обычаев и даже правосознания.

Не произошло изменений к лучшему и в отношении районов поливного хозяйства.

Как указано (гл. III), в Туркестане не существовало писаного водного права, и, за отсутствием закона, сохранялось действие обычного права.

По духу же обычного права, в Туркестане за каждым землепользователем признается право на соответствующую долю воды из рек и каналов, которая в поливной период целиком распределяется между землевладельцами. При царском правительстве государство сохранило за собой право на все свободные земли и излишек земель кочевого населения. Соответственно этому, государство сохранило за собой и свободные воды и излишек вод. Оно проводило каналы для орошения новых земель (например в Голодной степи), и отводило земли переселенцам, наделяя их водою из „излишков“. Совершались, таким образом, пределы водных запасов.

Ничто в этом отношении не изменилось. Государство, попрежнему, сохраняет в своем непосредственном обладании свободные земли и остается хозяином свободных вод и излишков. Ломка правового быта почти не коснулась окраин, где и раньше государство обладало правом распоряжения землею и водою. Поэтому, советской власти нужны были не столько нормы материального водного права, сколько административно-судебный порядок для разрешения споров и коллизий. Учреждены были земельно-водные комиссии, к компетенции которых и отнесены все эти вопросы. В кочевых районах разрешение земельно-водных споров возложено на землеустроительные совещания (декрет ВЦИК'а о порядке рассмотрения земельно-водных споров в Туркестанской Автономной Социалистической Советской Республике от 10 мая 1923 г., Собр. Узак. 1923 г. № 43, ст. 454. Постановление ВЦИК'а от 19-го июня 1923 г., Изв. ЦИК'а СССР. № 161 от 1923 г. Временные

правила о водах Туркестана 14 мая 1924 г. ЦИК Туркестанской Социалистической Республики).

Декрет о земле 1926 г. ликвидировал в Туркестане остатки фактического права собственности на землю и воду, закрепляя право пользования водою соответственно перераспределению пользования землею — ст. 9 декрета⁶⁾.

Наконец, в 1927 г. в Узбекской республике, одной из составных частей современного Туркестана, издан был уголовный кодекс, в отдельных постановлениях которого находит отражение старая точка зрения о связи права на воду с правом на землю и о недопустимости распоряжения водою отдельно от земли.

„В главе X Уголовного Кодекса УзССР предусматривается (см. ст. ст. 284-292) самовольный захват воды, а равно (самовольные) устройства запруд на каналах общего пользования, прорытие новых каналов, устройство разных вододействующих приспособлений и производство гидротехнических работ (ст. 284), а также переуступка отпущенной по свидетельству воды, а равно и использование ее не по назначению и вне указанной в свидетельстве площади (ст. 285), умышленные повреждения ирригационных сооружений с разделением преступлений этого рода на квалифицированные и неквалифицированные (ст. ст. 286 и 287), загрязнение воды в каналах и спуск таковой воды в каналы, обслуживающие население (ст. 289); подтоп сброшенной водою дорог по небрежности (штраф до 100 р.—ст. 291) и, наконец, здесь же помещена статья о посеве риса в запрещенных местах (ст. 292), который, естественно, должен повлечь за собою нужду в незаконном (тогда) пользовании водой“⁷⁾.

Существенно ухудшилось положение дела в Закавказьи. В отличие от Туркестана здесь существовало до революции не обычное право, а вполне удовлетворительный закон. Революция смела его, расшатала правосознание, нарушила существовавшее распределение вод и не создала взамен нового удовлетворительного порядка.

В 1927 г. было издано несколько постановлений Совета Народных Комиссаров Закавказской Советской Федеративной Республики, организовавших водное управление в Закавказьи: 1 сентября утверждено было Положение о порядке рассмотрения и утверждения проектов сооружений и программ изысканий и исследований, выполняемых органами водного хозяйства в З. С. Ф. Р.; 5 сентября—Положение об органах управления водным хозяйством в З. С. Ф. Р. и 22 сентября—положение

⁶⁾ Опубликован в Правде Востока 21-XII 1926 г. № 294 (1190) см. журнал Сов. право № 5, 1927, стр. 131, пр. 1.

⁷⁾ Из статьи И. И. Крыльцова „Законодательство Ср.-Азиатских советских республик“ (Сов. Пр. № 5 (29) 1927 г., стр. 133-134).

о водотехнических совещаниях при республиканских управлениях водного хозяйства ⁸⁾.

Ныне в Закавказье существует центральное управление Закавказского водного хозяйства (Закводхоз) и три управления республик Азербейджана, Армении и Грузии.

Компетенция водных управлений очень широка: круг ведения их обнимает „1) орошение земель, обводнение, осушение болот и использование водных сил; 2) борьбу с вредным действием вод, наводнениями, заболоченностью, селями и берегоукрепительные работы; 3) регулирование вод в целях водной мелиорации видов, перечисленных в п. п. 1 и 2 настоящей статьи, с учетом нужд водного транспорта, сплава и рыболовства“.

Разграничение компетенции центрального (закавказской федерации) и местных (республиканских) управлений построено на различных основаниях: центральное не только руководит и инспектирует работу республиканских (IV), но и само непосредственно выполняет некоторые работы. Можно сказать, что воды и оросительные системы Закавказья распределены на две категории одни—республиканские (целиком расположенные на территории республики, обслуживаемой отдельным республиканским водхозом), другие—федеративные или межреспубликанские, выходящие за пределы отдельной республики.

К обязанностям каждого управления (центрального и республиканского), соответственно разделению между ними вод, относятся 1) эксплуатация межреспубликанских (федеративных) систем, под которой разумеется: организация и регулирование водопользования; содержание и текущий ремонт, статистика водного хозяйства, содействие кооперированию населения в целях эксплуатации оросительных систем и проч. сооружений, а также их улучшения и расширения, организационное и техническое содействие населению; 2) капитальные переустройства; 3) орошение новых земель; 4) меры урегулирования вод и борьба с разрушительными силами; 5) изучение водных систем, изыскания и проектирование.

Из изложенного видно, что от водного управления эксплуатация даже межреспубликанских оросительных систем может перейти к кооперированному населению ⁹⁾.

Эксплуатация вод, в смысле непосредственного пользования ими

⁸⁾ В предшествовавшем 1926 г. 14 октября было издано „Положение о Закавказском и местных комитетах спасания на водах З. С. Ф. С. Р.“. Это положение задевает водное право лишь поскольку оно предоставляет комитетам СНАВ (спасания на водах) разработку мероприятий по предупреждению возможных несчастий от стихийных бедствий, в частности наводнений, ст. 14 (а) и ст. 31 (п).

⁹⁾ Применение здесь термина кооперация в техническом смысле, как товарищества с переменным составом и переменным капиталом, непонятно и можно оправдать лишь в широком смысле сотрудничества.

принадлежит пользователям. Действительно, в разделе VIII (п. п. 6 и 7) говорится, что водные управления республики дают разрешения на вывод свободной воды из источников, бассейн которых находится в пределах республики ¹⁰⁾, определяют права пользования и выдают свидетельства на право пользования водою. Центральное же Закавказское управление определяет права пользования на системах, находящихся в ведении Закводхоза (XIV п. 6).

Кто именно обладает правом пользования отсюда не видно. Цитированные постановления ограничиваются тем, что организуют управление водами, определяя иерархию и компетенцию органов управления водным хозяйством. Материальное водное право предоставлено будущему: одна из обязанностей Закводхоза — „выработка основ водного законодательства“ (XIII п. о.).

Но уже из приведенных постановлений видно, что законодатель рассматривает все воды, как достояние республики и предоставляет населению лишь право пользования, подчиняя его надзору и руководству водных управлений, а также, что централизация водного управления в столице Закавказья, — Тифлисе, проведена не в полном объеме: разрешение споров между водопользователями оставлено в компетенции республиканских водных управлений (XVII, 7), а Закводхозу принадлежит лишь разрешение споров по водопользованию на системах, находящихся в ведении Закводхоза ¹¹⁾.

Таким образом в законодательном порядке созданы лишь органы водного управления и водное хозяйство Закавказья все еще остается не регламентированным, предоставленным, без каких либо руководящих норм, власти водной администрации. А между тем в 1926 г. было составлено два проекта водного кодекса (один для Закавказья, другой для Азербейджана) ¹²⁾.

В предисловии к проекту Водного Кодекса З. С. Ф. С. Р. нужда в водном законе изображается в очень сильных выражениях: „пала дисциплина среди водопользователей, между тем как при уменьшении воды летом (вследствии вырубки лесов и разрушений, нанесенных снеговыми потоками в верховьях рек) только строгая дисциплина и исключительно бережное пользование водою могут дать довоенные экономические результаты“.

Расстройство водного хозяйства, как объясняется в том же пре-

¹⁰⁾ На основ. Постановления 22 сентября 1927 г. разрешение выдается водно-техническим совещанием при водном управлении.

¹¹⁾ Ср. по этому поводу замечания Ф. Дьякова в статье „Право на воду“ (Сов. Право 1927 г. № 2 стр. 14), где автор критикует централизованные стремления первоначального проекта.

¹²⁾ См. Экономический вестник Азербейджана № 9—10 1927 г. статья Ф. Дьякова — „К вопросу о праве на воду в Закавказье“, где дается сравнительная характеристика обоих проектов.

дисловии, произошло так же оттого, что „новое землеустройство требовало значительного перераспределения вод. Последнее происходило от случая к случаю и не оформилось“. „Труден будет, говорится дальше, переходный момент, когда потребуются напряженная работа по разъяснению, с одной стороны, и с другой стороны по проведению мер принудительных по отношению к расхлябанным элементам“.

Основные начала проекта водного кодекса З. С. Ф. С. Р. таковы: „Все воды и водохозяйственные сооружения на территории Советских Республик Закавказья составляют достояние Государства и находятся в его исключительном распоряжении“ (ст. 1).

Объявляя все воды достоянием государства и оставляя за государством исключительное распоряжение, проект сохраняет в основе существующее пользование, но не обращает факт в право: „существующее пользование водою и водохозяйственными сооружениями изменяется при изменении землепользования или системы орошения и водохозяйственных сооружений, а также при несоответствии предоставленного количества воды общей потребности и хозяйственной целесообразности“ (ст. 8). Таким образом, существующее пользование может быть подвергнуто значительным изменениям по разнообразным причинам: изменение землепользования (здесь признается связь права на воду с правом на землю), изменение технической стороны водопользования (улучшение экономики водного хозяйства), при недостаточности воды (водные пределы) и, наконец, в зависимости от хозяйственной целесообразности (изменение экономики водного хозяйства).

Отсюда достаточно видно, насколько мало обеспечены в юридическом отношении права пользователей по проекту. Это подтверждается еще ст. 4: „Основанием, пределом и мерилom пользования водами является полезное применение их, которое не должно превышать размеров действительной потребности в воде, определяемой согласно нормам, устанавливаемым Закводхозом, в зависимости от цели пользования водою и местных условий“. Действительная потребность определяется нормами, установление которых во власти водного управления, оно же определяет, является ли применение их полезным. Пользователь находится, таким образом, в полной зависимости от администрации.

В качестве критерия полезности и хозяйственности пользования, проект устанавливает градацию потребностей: а) питье, водопой и домашние потребности, б) орошение сначала низменных и низележащих по реке или каналу земель, а потом вышележащих, в) техническое использование (ст. 10). Впрочем от этого порядка допускаются отступления „в случае признания особой важности водохозяйственного мероприятия“.

Эти общие начала проекта проникнуты чрезмерным этатизмом,

напоминающим период военного коммунизма и карточной системы. Все существующее пользование ставится в зависимость от усмотрения власти. Все предоставления воды совершаются заново (генеральный передел), при чем государство берет на себя тяжелое бремя распоряжения в с е м и водами (за исключением замкнутых)¹³⁾. Видимое расширение власти государства, в действительности, возлагает на него едва ли по-сильную задачу учета и регулирования пользования всеми мелкими источниками и канавами. Даже государства, владеющие более сильным аппаратом управления, не берутся за такую задачу, всегда выделяя часть вод в непосредственное распоряжение пользователей и сохраняя за собою лишь высший контроль.

Что касается общего перераспределения вод и возможности изменений в будущем, то на это следует смотреть, как на чисто декларативные нормы. По крайней мере ст. 106 проекта уже говорит об обычном (фактическом) пользовании, как об основании, для определения нормы потребной воды и о новом распределении воды, как коррективе к существующему пользованию.

Не совсем ясно из текста закона соотношение документов, определяющих право на воду. Водопользователи получают свидетельства на воду, но „свидетельство на воду не дает права пользования без договора и обеспечивает лишь на все время действия договора размер воды от притязаний других лиц“ (ст. 112).

„Право пользования водою и водохозяйственным сооружением основывается на договоре с органом Управления Водного Хозяйства“, а количество предоставляемой воды определяется свидетельством окружной Водной Комиссии (ст. 108). Свидетельство, повидимому, определяет субъективное публичное право на предоставление определенного количества воды, при условии заключения договора об условиях пользования. Договор определяет срок пользования, обязанности, которые возлагаются на водопользователя и обязанности органов водного управления, а также последствия невыполнения условий (ст. 123).

Договора, о которых говорит проект, не являются, по общему правилу, концессионными, т.к. они заключаются со всеми пользователями, подобно тому, как заключаются договора о пользовании лесорубочными и рыболовными участками¹⁴⁾.

Государство понимает, очевидно, свое право на воды (достояние государства), как собственность, подобно собственности на леса. Ме-

¹³⁾ См. прим. к ст. 2: „поверхностные воды искусственных сооружений не простирающих своего водособирающего влияния за пределы данного участка и воды простых колодезев.

¹⁴⁾ Дьяков ука. статья в журнале „Советское Право“ № 2, 1927 г. стр. 145 дает совершенно правильную критическую оценку этих идей проекта.

жду тем, природе водных отношений при ирригационном хозяйстве соответствует предоставление каждому землевладельцу права на известную долю воды. Государство может сохранить за собою свободные воды и излишки, но ни в коем случае не оставить землепользователей без права на воды. В тех случаях, когда договор заключается с предпринимателем (для технического пользования), на особых условиях, представляющих изъятие из общих правил, он может обратиться в концессию в техническом смысле слова (ст. гл. IX).¹⁵⁾

Концессия на свободные воды или излишки может, конечно, быть выдаваема на условиях платности, хотя и здесь возникают сомнения в целесообразности обложения концессионера. Уже самое устройство нового предприятия, увеличение народного богатства новою продукцией, расширением производительных сил, обеспечением трудящихся в новом предприятии—представляет настолько серьезную выгоду для государства, что последнее заинтересовано больше в создании и осуществлении предприятия, чем в его обложении¹⁶⁾.

Тем более нецелесообразно введение принципа платности в отношении пользования водою со стороны земледельцев, правосознание которых, несомненно, подсказывает им право на безвозмездное получение воды. Это не означает, конечно, что земледельцы не должны участвовать в содержании оросительных сооружений, плотин, администрации. Но, эти тяготы легче переносить в порядке самообложения, чем в качестве постоянного налога.

Общее впечатление от проекта водного кодекса таково, что он построен на чрезвычайно упрощенном представлении о водах, как самостоятельном экономическом благе, составляющем собственность (достояние) государства. Ни связь права на воду с правом на землю, ни спе-

¹⁵⁾ „Договоры, заключаемые Закавказским Управлением Водного Хозяйства или по его поручению и доверенности Республиканским Управлением с частными лицами и иностранными предпринимателями, подлежат утверждению правительством:—в случаях договоров с частными лицами на сумму свыше 100.000 рублей правительством ЗСФСР; а с иностранными предпринимателями на всякую сумму—в общем порядке концессионных договоров—Правительством СССР“ (прим. к ст. 138 проекта Водн. Кодекса).

¹⁶⁾ Швейцарский союзный закон 22 декабря 1916 г. (ст. 48) устанавливает принцип платности до 6 фр. за лошадиную силу. Прусский закон (§ 54)—ср. министерские распоряжения от 1915 и 1916 г. г. (Holtz - Kreutz, Handausgabe стр. 344-345)—наоборот освобождает в принципе предпринимателя от платы за пользование водою, допуская взимание платы за пользование искусственными сооружениями и сборов при выдаче концессии. В немецкой литературе по поводу принципа платности водопользования высказано мнение, что здесь справедливее и целесообразнее установление налога (Steuer) не за „сырое“ предоставление воды (Wasserzins), что опасно, как обременение промышленности еще до выяснения ее рентабельности, а в виде обложения доходности. В частности по отношению к использованию водной энергии было предложено уравнивать путем обложения шансы промышленности, использующей обыкновенный уголь, и промышленности, работающей „белым углем“ (см. В. Josephy „Wirtschaftl. Probleme der Thüring Wassergesetzgebung“ в Beiträge zur Wasserwirtschaft, стр. 164-180).

циальное назначение вод, которое обязывает их владельца (и приводит, как мы видели, к созданию конструкции публично-правовой собственности см. гл. V), ни практическая необходимость классификации вод, в зависимости от их значения, и предоставления части водных систем в ведение самоуправляющихся организаций (водных обществ) — не нашли себе отражения в проекте.

Нам представляется целесообразным в проекте лишь принятое им начало централизации. Управление водным хозяйством в Тифлисе не может быть оторвано от жизни и ему едва ли грозит стать бюрократическим учреждением, как это бывает, когда центр далек и чужд местной жизни, с другой стороны более богатый опыт, каким может обладать центр, более крупные специалисты, помощью которых он может располагать и более широкий кругозор, чем обыкновенно бывает у местных властей, заставляют всегда предпочитать объединение дела в близком к местным нуждам, но едином для целого края, центре.

Серьезные последствия должна была испытать система водопользования в К р ы м у. Действовавший здесь до революции закон 1910 года был издан под сильным влиянием частного землевладения, и, в отличие от закавказского, закрепил за отдельными лицами определенное количество воды и отдельные источники. Вместе с ликвидацией частного землевладения утратили силу и соответствующие права на воду.

Крымское правительство 4-го марта 1922 г. издало особое положение о пользовании водами в Крыму. Впоследствии, 27-го мая 1925 г., это положение было несколько изменено и ныне вновь находится в стадии переработки. Материальное водное право и здесь не разработано, а лишь учреждены органы водной администрации и установлен формальный порядок отводов воды, выдачи разрешений, рассмотрения споров.

Таким образом, водное право в С.С.С.Р. продолжает пребывать в хаотическом состоянии. Революция облегчила с правовой точки зрения усовершенствование водного законодательства в сторону подчинения водного хозяйства общегосударственным и общественным интересам, как это проводится и в новейших водных законах Западной Европы, но революция расшатала экономические основы, на которых строится передовое водное хозяйство. Мелиорации и общепользные предприятия требуют больших средств. Все усовершенствования водного хозяйства в С.С.С.Р. могут быть осуществляемы теперь только средствами государства, расходный бюджет которого и без того перегружен. Этим, вероятно, и объясняется, что страна живет до сих пор без водного законодательства, сопутствующего обычно интенсификации сельского хозяйства.

Правда, советская власть пытается организовать население для осуществления мелиораций. Помимо местных законов ирригационного характера, к советскому водному праву могут быть причислены постановления С.Т.О. от 3/VIII 1921 г. о мелиоративных товариществах, а, затем, последующее „Положение о мелиоративных товариществах“, утвержденное С. Н. К. Р. С. Ф. С. Р. 22/VII 1923 г. В основу первого постановления положена идея принудительного присоединения меньшинства: „В состав мелиоративного товарищества должны войти землепользователи того участка, который подлежит мелиорации, если более половины землепользователей этого участка вынесет постановление о мелиорации своих угодий“. По положению 1923 г. учреждение мелиоративного товарищества разрешается в случае признания Земуправлением а) „необходимости или хозяйственной целесообразности предпринимаемой мелиорации и б) ее технической выполнимости“. Привлечение в состав товарищества несогласного меньшинства из числа лиц, которые могут извлечь выгоду от предпринимаемой мелиорации, допускается принудительно, если две трети всех заинтересованных лиц согласились участвовать.

Проект Закавказского водного кодекса наметил два типа организаций для содействия водным управлениям: один—водные хозяйственные коллективы (общества на подобие земельных), которые „образуются распоряжением инженера-гидротехника, заведывающего водным округом“ (ст. 50); другой—водохозяйственные товарищества на общих основаниях кооперативного строительства“ (ст. 82)¹⁷). Меньшинству не может быть отказано в праве войти в товарищество, с другой стороны, „если $\frac{4}{5}$ всех лиц и предприятий, могущих получать выгоду от данного сооружения, войдут в товарищество, то остальная $\frac{1}{5}$ включается принудительно распоряжением Завокруга“ (ст. 84). Здесь применяется, следовательно, принцип, принятый европейскими законодательствами для организации водных товариществ.

Что касается использования водной энергии, то, хотя в СССР и нет по этому поводу специальных законов, но как уже указано, никаких затруднений для создания гидро-электрических предприятий, после национализации земель и вод, существовать не может и к подобным предприятиям, если они создаются силами частного капитала, а не государством, применим общий порядок о выдаче концессий.

Опыт европейских государств показывает, что чисто индивидуалистическое водное право отжило свой век. Восстановление прав бере-

¹⁷) См. выше прим. 9. Кооперативная форма товарищества, предполагающая переменный состав и переменный капитал не подходит для водных товариществ, как организаций, построенных на реальном, а не персональном признаке (см. гл. VIII).

говых владельцев являлось бы уже анахронизмом. Но, с другой стороны, опыт Пруссии, по своим естественным условиям более других Германских государств подходящей к России, заставляет думать, что нет надобности увлекаться и чрезмерным этатизмом.

Опыт германского законодательства заставляет также думать, что едва ли не лучшим для русских условий было бы сохранение децентрализации водного дела. Закавказье, Туркестан, Крым, еще больше отличаются от коренных русских губерний, чем Баден от Пруссии и они, конечно, лучше справятся со своими местными потребностями, чем может это сделать Москва. Необходимо, затем, выделить мало-значительные водные системы и поставить их в иное положение, чем большие реки и озера, которые, по своему значению, естественнее всего отнести к числу государственных (вод первого разряда).

Основным вопросом водного законодательства будет, при всяких условиях, проблема допущения частных прав на воду. Эта проблема даже при социалистической власти в сущности разрешена уже Нэп'ом, — в пользу частных прав. Если хозяйственными выгодами оправдывается предоставление концессий, гарантирующих неотменимость прав, предоставляемых, по преимуществу, иностранцам, то те же хозяйственные соображения говорят в пользу предоставления таких прав и гражданам своего государства.

Германия в 1918 г. пробовала перековать частно-правовой строй в новые социальные формы, но накалившееся во время ее кратковременной революции железо социализации остыло раньше, чем законодательный молот успел выковать из него что либо значительное. Ст. ст. 155 и 156 германской конституции остались лишь вехами пройденного этапа¹⁸⁾.

Водное законодательство, любопытное в деталях с чисто практической точки зрения, представляет, как мы видели, интересный материал и для освещения теоретических проблем современного права, оно приводит к большой проблеме: о значении и жизненности в современных условиях института собственности. На первый взгляд, водное право как будто наносит тяжелые удары праву собственности, этой твердыне частно-правового строя, но, при ближайшем рассмотрении, удары его отнюдь не грозят разрушением собственности, они возвещают только капитальный ее ремонт.

¹⁸⁾ S. Westhoff, System d. Wirtsch. r. L. 1926 г. стр. 31 сл.; B. Josephy—Wirtschaftl Probleme der Thüring. Wassergesetzgebung стр. 125-126.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ.

1. Водное право и учение о собственности. Служение собственности народно-хозяйственным интересам. Собственность на воды и ее особенности. Посредственное и непосредственное служение общему благу. Водное право—продукт „культурного государства“ и его административного права. Солидаризация частно-хозяйственных интересов—предвестник коллективно хозяйственного права. 2. Водное право и учение о предметах общего пользования. Распространение общего пользования на вещи частных лиц. Краткий обзор дорожного права. Общность проблем и оснований законодательной регуляции. Связь особенностей водного и дорожного права с институтом общего пользования и „публичных“ вещей в широком смысле слова. Сочетание исключительных прав на вещи с подчинением их общему благу (разрешение проблемы общих и частных интересов в гражданском праве).

Учение о предметах общего пользования выдвинуло прежде всего вопрос—могут ли они принадлежать кому-либо на праве собственности. Вопрос этот уже давно разрешен положительно. Изучение и анализ водного законодательства подтверждают правильность этого решения.

Но не дает ли анализ водного законодательства основание для того, чтоб на вопрос о собственности на воды ответить с некоторым „но“. Да, собственность возможна, но... требуется еще несколько разъясняющих и дополнительных указаний для характеристики ее особенностей.

Первая и существенная особенность заключается в том, что воды предназначены для общего пользования и собственность на воды ограничена в своих возможностях (в своем потенциале) этим непреодолимым для нее пределом: не допускается то, что идет вразрез с предназначением вод для общего пользования. Однако, это не все. Современное водное законодательство выдвинуло и другие более опасные для собственности пределы. Вода—одно из тех благ, без которого невозможно общественное благополучие, и государство не может допустить, чтобы исключительное право собственника шло здесь вразрез с общественными нуждами и интересами народного хозяйства. *Jus abutendi* должно быть устранено из водного права. Ограничения собственности

выходят из обычного круга и устанавливаются в пользу безличного дестинатара— в пользу „общего блага“. Во имя общего блага производится перераспределение вод, допускается вмешательство в пользование, вынуждаются улучшения и стоит всегда наготове власть всемогущей экспроприации.

Значительная часть вод переходит в собственность государства. Но и в руках государства воды сохраняют свое народно-хозяйственное значение. Даже более: в руки государства переходят именно те воды, которые особенно важны для общего блага, которые называются, поэтому, „публичными“. Собственность государства, поэтому, еще более ограничена и представляется уже непохожею на обыкновенную частно-правовую собственность. Ее называли „публично-правовую“.

В действительности не существует двух видов собственности, и если говорить об особенностях собственности на воды, то они проявляют себя и в тех случаях, когда воды принадлежат частным лицам. Собственность на воды подчинена народно-хозяйственным интересам, она менее индивидуалистична. Так может быть сформулировано то, что заставляет не только говорить об особенностях собственности на воды, но даже сомневаться вообще в возможности ее существования.

Сомнения эти определяются общею точкою зрения на собственность, как на „индивидуалистическую“, служащую „частным интересам“. Эта точка зрения, при теперешнем состоянии науки гражданского права,—анахронизм.

Тысячелетнее существование собственности, ее живучесть и эластичность объясняются не одним только упорством собственников, готовых канонизировать институт, охраняющий их индивидуальные интересы. Социальное значение „священной“ собственности, стимулирующей энергию реального человека¹⁾, воспитывающей предприимчивость, укрепляющей уверенность в действиях, не вызывает сомнений, особенно с тех пор, как цивилильно-политический метод научил рассматривать институты гражданского права с точки зрения их народно-хозяйственного значения. Индивидуалистическая собственность служит интересам народного хозяйства тем, что побуждая к накоплению, к предприимчивости, к наживе, она обогащает не только отдельных лиц, но и народное хозяйство в целом. Плодородные земли и машины, отданные в безотчетное распоряжение эгоистических собственников, утилизируются с наибольшею продуктивностью, хотя никто не диктует им такой обязанности. „Они и не знают и не понимают того, что, работая для себя и семьи, они работают на общую пользу;—сохраняя и

¹⁾ См. нашу статью „Идеальный и реальный человек в гражданском праве“ („Русское Обозрение“ дек. 1920 г.)

умножая свое частное достояние, сохраняют и умножают народное и общечеловеческое богатство и благосостояние²⁾.

Собственность предоставляет, однако, и *jus abutendi*. Социальное значение злоупотребления не может быть доказано, никто и не пытается этого доказать. Но общая система права, совокупность его многообразных влияний такова, что опасность этих злоупотреблений ничтожна. *Jus abutendi* реально означает лишь то, что собственник свободен в своих действиях, что он не выполняет „урока“, задания плановых органов, а сам выбирает цели и способы хозяйствования, хотя бы они и казались другим неразумными. Социально-полезно не то, что в некоторых случаях возможно неразумное использование хозяйственных благ, а то, что собственность предоставляет наибольшую свободу действий и возлагает риск их результатов на лишенного опеки, ответственного перед самим собою собственника.

Если, однако, право употреблять собственность во зло (*abutere*) находит себе реальное проявление, то социальное значение собственности обращается в этих случаях в свою противоположность. Когда собственник источника бесполезно затрачивает воду, в которой чувствуется вопиющая нужда другими, или собственник водопада не разрешает пользоваться водною энергиею, которою не пользуется сам, тогда собственность перестает себя оправдывать, ее ограничивают или подчиняют принудительным нормам и тогда она становится менее индивидуалистическою, более социальною.

Таковы те явления в водном хозяйстве, которые заставляют говорить об особенностях права собственности на воды и особенно в тех случаях, когда они принадлежат государству. Оно распоряжается водами в интересах общего блага, по своей инициативе и только потому, что воды публичные³⁾. Это и дало основание рассматривать собственность государства, как какую-то особую собственность, „публично-правовую“—по теории О. Майера.

Общественно-полезное значение собственности выявляется здесь с наибольшею полнотою. Но происходит это не вследствие того, что собственность меняет свою природу. Общественно-полезное значение собственности—ее нормальное свойство, оно выявляется здесь с особою полнотою, вследствие особенностей субъекта (государство) и объекта (публичные воды).

Государство—лицо, но не индивид. Если кооперативный союз, используя свою собственность, явно обслуживает интересы широкого круга своих участников, то тем более явно общественное значе-

²⁾ Л. И. Петражицкий—„Теория права“ т. II стр. 700, ср. т. I стр. 152. см. и в очерке „Обоснование политики права в трудах проф. Л. И. Петражицкого“ Хрб. 1928 г стр. 23-24.

³⁾ Когда государству принадлежат частные воды (ср. Баварский закон) оно распоряжается ими, как обыкновенный хозяин.

ние собственности государства. Государство может, однако, использовать вещи в фискальных интересах, выдвигая на первый план извлечение выгод и отодвигая на второстепенное место непосредственное служение общему благу. Но если переходящие в собственность государства вещи предназначаются для общественных целей и выделяются в особую категорию „публичных вещей“ и, в частности, „предметов общего пользования“, то эта особенность объектов служит добавочною гарантией того, что государство использует свою собственность прежде всего в интересах общего блага. Вопрос о гарантиях использования государством его собственности в интересах общего блага—не праздный вопрос. Замена многих собственников одним, при национализации имущества, ничего не изменяет⁴⁾. Необходимо, чтобы изменилось самое направление деятельности государства—собственника. Такое изменение можно предусматривать, превращая „частно-правовую“ собственность в „публично-правовую“.

Если всякое право в конечном результате служит обществу, в котором оно рождается, то публичное право выполняет эту задачу непосредственно, а частное только косвенно. Подчинение собственности публичному праву представляется, поэтому, ее преобразованием.

Но, в действительности, публичное право далеко не всегда служит общему благу (такое служение можно только назвать тенденцией публичного права), а частное право, при понимании его причинного действия, оказывается фактором важных народно-хозяйственных достижений. Поэтому, дело не в подчинении государственной собственности публичному праву, а в преобразовании государства и изменении его задач⁵⁾.

Есть более могущественные средства воздействия на государство, чем юридические конструкции. Собственность государства и других публично-правовых субъектов остается обыкновенною частно-правовою собственностью, но переход от полицейского права к административно-

⁴⁾ Ср. гл. V прим. 39.

⁵⁾ Эта проблема глубоко и интересно поставлена С. И. Гессен в его труде „Проблема правового социализма“. „Неограниченное право собственности не существует“, говорит он.

„Внутри каждой собственности наличествует видимо противостоящий ей момент „общественности“. Поэтому подлинное обобществление означает только усиление этого момента общественности“.

Если пролетариат, говорит тот-же автор, стал носителем права, то дальнейшее развитие государства должно быть пронизано „новым“ правом, не механическое заменою многих собственников одним, а видоизменением собственности, проникновением в нее все в большей степени социальных начал, не уничтожением государства, а укреплением в нем начал широкой демократии и, в соответствии с некоторыми течениями синдикализма, преобразования государства представительством хозяйственных интересов и вручения управления ими трудящимся классам. Совр. записки, кн. XXVIII).

му и от либерального правового государства к культурному—существенно изменяет облик многих правовых институтов.

Современное водное право—продукт культурного государства и его административного права. И собственность частных лиц, и собственность публичных организаций и даже самого государства подчинены ограничительным и принудительным нормам, обеспечивающим коллективные интересы; действия всех собственников и водопользователей подчинены административному надзору и контролю.

Отказ от конструкции „публично-правовой“ собственности вытекает не из упрямого консерватизма, а из отсутствия убедительных данных о существовании такой собственности. Но, отказ этот не сопровождается отрицанием новых тенденций и идей, проявление которых называют, обыкновенно, „победою социальных течений“, тем более, что современное водное право принадлежит к числу таких проникнутых социальным духом институтов.

Отказ от публично-правовой конструкции собственности на воды заставляет искать другой концепции, выражающей эти особенности водного права. Эту концепцию мы находим в идее солидаризации и частно-хозяйственных интересов.

Переход от первобытного коллективизма к индивидуальному обладанию сопровождался развитием и признанием идеи личности⁶⁾.

Возвращение к коллективизму только тогда допустимо, если оно не суживает, а расширяет возможности индивида. В водном праве мы могли наблюдать именно это явление. Частное право здесь сохраняется. Собственность на воды открывает возможность широкой предприимчивости и интенсивному использованию их. Береговые владельцы пользуются всеми теми преимуществами, которые соответствуют их особому положению, облегчающему им пользование водами и создающему особый интерес к этому пользованию. Но в то же время водный закон так построен, что один прибрежный владелец должен помнить о существовании другого и прибрежные вообще об интересах забрежных. Круг непосредственно защищаемых интересов расширяется. Что-же выигрывают от этого управомоченные?

Выигрыш заключается не только в том, что увеличивается число лиц, интересы которых охраняются правом, и что водное хозяйство стано-

⁶⁾ Не совсем ясная система древне-германского водного права была, во всяком случае, менее индивидуалистической, чем римская. Воды общины и марки были предназначены для общего пользования всех членов общины или граждан, но это общее пользование не представляло из себя ограничения собственности, как понимает большинство юристов римский институт *res publicae in publico usu*, так как собственность на воды никому не приписывалась: они находились под верховенством короля или сениора (ср. кроме изложенного выше в гл. I, II еще Dr. O. Peterka, *Das Wasserrecht der Weistümer*. Prag 1905 г. стр. 17-18). Распространение в Германии римских понятий внесло и здесь индивидуализацию права.

вится, благодаря этому, более интенсивным. Выигрывают даже те лица, которые подвергаются ограничениям, ранее не существовавшим (водные пределы, сопользование и проч.).

Показательным примером этого может служить институт „водных товариществ“. Сущность его заключается в принудительной солидаризации всех заинтересованных лиц. Это принуждение расширяет возможности каждого отдельного участника. Все вместе (идея социализма) они совершают то, чего в отдельности никто из них выполнить не может. Другим примером могут послужить концессии. Основанные на изъятии некоторых видов пользования из потенциала собственности они возвращают их обставленным рядом гарантий, которые позволяют создать нечто большее, чем это возможно при обычных условиях, но, зато, концессия ставит условия, обеспечивающие интересы широкого круга лиц или, по крайней мере, обеспечивающие создание общественно-полезного предприятия.

При солидаризованном обладании не устраняются выгоды, которые представляет частно-правовая система, но достигаются новые выгоды—обеспечивается возможность создания новых ценностей, благодаря мелиорации, новых гарантий от стихии, напр., осуществлением больших работ для защиты от наводнений и пр.

Водное право представляет пример системы, координирующей личную и корпоративную активность. Это—нечто большее, чем достигается товарищескими объединениями и акционерными компаниями, где личность либо вовсе не ограничивается полным товариществом), либо почти совсем теряется (как это имеет место в акционерных обществах новой формации).

В развитии права, с его тенденцией гармонизировать общественную жизнь, координируя активность отдельных носителей прав между собою и с обществом 'в его целом'), мы наблюдаем новую ступень.

В противоположность социализму, который родился, в качестве антитезы либеральных идей, как реакция против крайностей доктрины А. Смита и его последователей, солидаризм не уничтожает собственности, а ограничивает и связывает ее с собственностью других лиц и правами коллектива. Частно-правовая система сохраняется, но в ней, наряду с институтами индивидуально-хозяйственного права, появляются институты коллективно-хозяйственного права⁸⁾.

⁷⁾ О значении права, как гармонизирующего начала в общественной жизни, см. наш этюд „Этические проблемы современного Китая“ Хрб. 1927 г. гл. III, „Космогоническая концепция права“.

⁸⁾ Л. Таль в статье „Понятие и сущность хозяйственного права“ („Право и жизнь“ 1924 г. кн. 9) высказывает мнение, что именно движение в сторону коллекти-

Рядом с этими коллективно-хозяйственными институтами частного права вырастает новое административно-хозяйственное право—система норм, определяющих права надзора и руководства власти для достижения задач координации частных и общих интересов.

Этой отрасли публичного права не могло существовать при господстве либеральных начал в хозяйственной и государственной жизни.

Водное законодательство заложило первый камень в постройку будущих коллективно-хозяйственной и административно-хозяйственной систем солидаризованного права.

С водным правом связан еще один теоретический вопрос.

Воды были всегда одним из важнейших предметов общего пользования и теорию водного права нельзя построить, не пользуясь доктриной о „*res publicae publico usui destinatae*“.

Изучение водного законодательства подтверждает господствующее учение о возможности ограниченной собственности на предметы общего пользования, но оно вносит в это учение и нечто новое.

Название „предметы общего пользования“, *res in publico usu*, короче, но шире, чем понятие *res publicae in publico usu*. Последние представляют собою вид государственных имуществ (публичных вещей).

Бирман, специально изучавший этот вопрос,⁹⁾ в своем курсе гражданского права говорит о публичных имуществах следующее: публичные вещи принадлежат государству или другим публично-правовым организациям. Их два вида: 1) одни предназначаются исключительно или преимущественно для извлечения выгод, 2) другие—преимущественно для служения частным лицам и, лишь в виде исключения,—государству. Эта вторая категория—так наз. публичные вещи общего пользования¹⁰⁾.

К определению прибавляется указание на то, что назначение для

визма, создающее новый дух в праве, начала чужды и отчасти противоположны праву индивидуалистического строя, создает необходимость особой дисциплины „хозяйственного права“. В индивидуалистическом хозяйстве, по его мнению, есть свое хозяйственное право, но в нем нет объединяющей идеи. Для коллективного же хозяйства он усматривает (там же стр. 22) следующие признаки: „1) Оно обозначает объединенную внутреннюю связь и внешнюю организацию множественность, планомерно осуществляющую общие хозяйственные цели посредством регулируемого сотрудничества людей. 2) Оно способно собственными силами создавать свою организацию, свой правовой порядок,—в частности, регулировать положение отдельных лиц внутри коллектива. 3) Способы и средства осуществления целей коллективного хозяйства, а также его внутренний порядок определяются в конечном итоге идею высшего достижимого общего блага, в соответствии с требованиями практической жизни. Законодательство, при его регулировании, должно исходить из факта сосуществования индивидуальных и коллективных интересов, определяя их взаимоотношения и стремясь к их согласованию“.

⁹⁾ См. нашу статью в „Известиях Юрид. Ф-та“ т. 1 стр. 36.

¹⁰⁾ Biermann Bürg R. B. I. 1908. стр. 381.

общественных надобностей (в частности для общего пользования) должно быть произведено формально, особым актом ¹¹⁾.

Что касается общего пользования, то его признаками указываются непосредственное (не требующее особого разрешения властей, в отличие от пользования библиотекою или железною дорогою), свободное и равное пользование неопределенного круга лиц ¹²⁾.

В связи с этим Флейнер определяет предметы общего пользования, как такие объекты, которыми граждане могут свободно пользоваться без особого разрешения властей ¹³⁾.

Обзор водного законодательства (ср. гл. VII ч. V) показывает, что общему пользованию могут быть подчинены и частные воды. Таким образом, учение о предметах общего пользования отрывается от учения о публичных вещах, а самое определение этих предметов становится возможным только по наличию тех ограничений, которые связаны с подчинением вещей общему пользованию.

В связи с этим, центр тяжести из учения о вещах перемещается в исследование видов и способов общего пользования и соотношения общего пользования с правами собственников вещей и третьих лиц. Это исследование не может ограничиться одними водами и тема „Право на предметы общего пользования“ обязывает к изучению права на дороги, площади, морские берега и пр.

Не имея возможности сделать это в настоящей работе, мы все-же считаем полезным, для сопоставления с водным законодательством и проверки сделанных выводов, вкратце охарактеризовать римское и современное законодательство о сухопутных путях сообщения (дорогах), распространяющееся и на площади.

Римское право разделяло дороги на публичные и частные, но в общем пользовании могли быть и те и другие.

Вопрос о том, какие именно дороги считались у римлян публичными, недостаточно освещен, а указания источников скудны ¹⁴⁾.

Валпеус ¹⁵⁾ описывает происхождение публичных дорог сле-

¹¹⁾ Особенно подчеркивает это Jéze o. c (см. гл. VI прим. 13 ср. Fleiner —недостаточно допущения (Duldung) надобно —предназначение (Widmung).

¹²⁾ Таково определение Randa, E. Hüber'a, Herrnritta и др.

¹³⁾ Fleiner, Institut ст. 341

¹⁴⁾ Ср. Н. П. Караджие-Искров „Публичные вещи“. Вып. 1, Иркутск 1927 г. см. особ. стр. 48. Эта работа посвящена изучению вопроса исключительно по римскому праву и интересно, между прочим, отметить, что автор ее, исследовав самостоятельно и более подробно, чем это сделано в нашей работе (см. гл. I, II), римские источники, пришел к одинаковому с нами выводу, что „все постоянно текущие воды являются по римскому праву публичными“ (стр. 38).

¹⁵⁾ Wappäus—Zur Lehre v. den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen.

дующим образом. Они возникли на землях, которые были собственностью римского государства (*ager publicus*). Когда эти земли были разделены между центуриями, то пограничные полосы между ними остались в собственности государства и служили средствами сообщения (*viae publicae* или *militares in publ. usu* L. 3 D. 43, 7; L. 2 § 21 D. 43, 8).

Улицы города Рима составляли собственность государства. Публичные пути и улицы в муниципиях принадлежали последним, а публичные пути в провинциях—государству.

Из источников видно, во всяком случае, что допущение общего пользования дорогами отнюдь не означало, что они не могли, благодаря этому, оставаться частными¹⁶⁾.

Если частные дороги предоставлялись в пользование только определенным лицам, то права этих последних конструировались, как сервитуты, но частные дороги могли открываться и для общего пользования; в этом случае собственники дорог подвергались обычным ограничениям: они сохраняли только те права, которые не противоречили общему пользованию.

К римской классификации дорог близка французская¹⁷⁾.

Государственные, департаментские дороги и улицы Парижа относятся к категории „больших“ путей сообщения¹⁸⁾; остальные дороги (*la voirie vicinale, urbaine et rurale*) относятся к малым (*la petite voirie*). Практическое различие—в полицейских правилах и взысканиях.

В интересах путей сообщения устанавливаются служебности, возлагаемые на владельцев пограничных земель. Особенностью их является то, что они обязывают не только к *ratio*, но и (вопреки теории сервитутов) к *facere*. Главные из этих служебностей (сервитутов)—допущение стока вод и ссыпки земли, при очистке и ремонте, обязанность насаждений и недопущение разработки карьеров и выкапывания ям на известном расстоянии¹⁹⁾.

Подобно тому, как у рек устанавливаются границы, определяющие территориально пределы применения различных ограничений, так и у дорог есть установленные границы (*alignement, Fluchtlinie*), за пределами которых специальное дорожное право не действует.

Владельцы домов и участков, прилегающих к городским улицам (как и прибрежные владельцы, они называются *rivierains*) подчиняются различным принудительным постановлениям, обязывающим их содержать тротуары, нумеровать и освещать дома, участвовать в очистке улиц. В необходимых случаях организуются синдикальные товарищества²⁰⁾.

¹⁶⁾ Ср. несколько противоречивый текст l. 2 § 23 *ne quid in loco publ.* 43, 8.

¹⁷⁾ См. труды Gaston Monsarrat, *Les Chemins vicinaux* (1922); *Les Chemins ruraux* (1923) и *Les voies urbaines publiques et privées* (1924).

¹⁸⁾ Grande voirie—совокупность правил, относящихся к большим путям сообщения—морским берегам, железным дорогам и приравненным к путям сообщения телеграфным и телефонным линиям.

¹⁹⁾ Hauriou—р. 677 сл.

²⁰⁾ Ср., напр., art. 2 закона 12 июля 1912 г. о содержании улиц в чистоте. E. Monsarrat, *Les voies urbaines* 1924 стр. 406.

В Германии дорожное право, как и водное, представлено партикулярным законодательством и так же, как и в отношении вод, применяется здесь классификация дорог на публичные и частные ²¹⁾.

Под „публичными дорогами“ понимаются те, предназначение которых для общего пользования укреплено публично-правовым актом. Ограничения пользования, соответствующие видам и целям сообщения, допустимы—ср. § 2 провинциального дорожного регламента Восточной Пруссии 10 июля 1911 г. ²²⁾.

Комментатор саксонского закона 1870 года, Геблер, указывает, что к публичным дорогам относятся, вне всяких сомнений, те из существующих, которые издавна и постоянно были официально открыты для свободного и беспрепятственного движения каждому и всякому, и если подобное предназначение последовало хотя бы с молчаливого согласия всех участников.

Аналогично Гермерсгаузен называет публичными те дороги, которые всеми лицами, имеющими к ним юридическое отношение: собственником, административными властями и лицами, обязанными содержать дороги в порядке,—явно или молчаливо предназначены быть путями общественного сообщения ²³⁾.

К этому присоединяется указание, что содержание дорог должно быть урегулировано публично-правовым порядком и, по общему правилу, возлагается на общину ²⁴⁾.

Ряд подобных определений приводит и Гавелька, ссылаясь на различные законодательные и литературные источники ²⁵⁾.

Назначение публичных дорог не может быть изменено частно-правовым путем: в противоположность этому, частные дороги обслуживают интересы и нужды определенных лиц и их владений и подчиняются не публично-правовому режиму, а общим началам гражданских законов ²⁶⁾.

²¹⁾ Отметим Баденские законы о дорогах 14 июня 1884 г. и 6 июля 1896 г. и Ortsstrassengesetz 1908 г. (лучший комментарий к Баденскому закону Walz'a уже отмечен нами во вступительном очерке. Изв. Юрид. Ф-та, т. I стр. 37 прим. 14), и Прусские законы: 2 июля 1875 г. об устройстве и изменении улиц и площадей (Strassen u. Baufluchtengesetz), изданный с комментариями (O. Meyer, Anlegung u. Veränderung von Strassen u. Plätzen B. 1913, и более полно в 1920 г. в седьмом издании H. Strauss-Torney u. C. Sass Berl. 1920 г. со включением соприкасающихся—Wohnungsgesetz 28 марта 1918 г. и Zweckverbandsgesetz 19 июля 1911 г.) и закон о содержании в чистоте публичных дорог 1 июля 1912 г. (комментированное издание C. Hecht—Gesetz über die Reinigung öffentlicher Wege 2 A. Berl. 1913 г.). Лучшим исследованием прусского дорожного права в его совокупности является труд Germershausen, Das Wegerecht und die Wegeverwaltung in Preussen 3 Aufl. Саксонский закон 12 января 1870 г. Gesetz über Wegebaupflicht и относящиеся к нему распоряжения включены в издание v. Haebler, Das Wegerecht im Königreich Sachsen. Leipz. 1913.

Общий обзор дорожного права и теоретическое освещение относящихся к нему вопросов дает Fr. Hawelka—Die Rechte an öffentlichen Wegen in Oesterreich. W. 1910. (См. гл. V прим. 38).

²²⁾ C. Hecht о. с. стр. 27. В этом и последующих примечаниях делаются ссылки на труды, подробное название которых приведено в предыдущем примечании.

²³⁾ Haebler о. с. стр. 61. Germershausen о. с. стр. 4.

²⁴⁾ Strauss-Torney u. Sass о. с. стр. 205.

²⁵⁾ Fr. Hawelka о. с. стр. 3—6.

²⁶⁾ O. Mayer B. II стр. 435—435.

Они подчиняются распорядительной власти собственников, и если открыты ими для публичных сообщений, то могут быть и закрыты для них.

Однако, и частные дороги подчиняются подлежащим полицейским правилам, если они определенно предоставлены для публичного сообщения и подчинены правилам об устройстве и содержании дорог²⁷⁾.

Сказанное относится и к площадям. Признаки и юридическое положение публичных площадей одинаковы с признаками и положением публичных дорог. Они даже причисляются к публичным путям сообщения²⁸⁾.

Признание дороги публичною или превращение в публичную дороги, ранее бывшей частною, неизбежно влечет за собою подчинение ее надзору полицейских властей, в частности—плану выравнивания ее границ (Fluchtlinieplan) и нивелировки, который, если не сразу, то постепенно должен осуществляться²⁹⁾.

Мы видим из всего этого, что понятие „публичных дорог“ вовсе не предполагает непременно принадлежности их государству и публично-правовым организациям. Они могут принадлежать и частным лицам. Гавелька особенно подчеркивает, что публичными дорогами являются многие из дорог, принадлежащих частным лицам и предоставленных ими для общего пользования с незапамятных времен³⁰⁾.

Когда публичная дорога проходит по частной земле, составляющей собственность приграничных владельцев, последние ограничены только в пределах необходимого для публичного сообщения и сохраняют права на все, что не подчиняется этому назначению, а, следовательно, могут устранять и всякие дальнейшие посягательства на их собственность³¹⁾.

Этот краткий обзор дорожного права показывает, что проблемы его те же, что существуют и в отношении рек: возможно ли совмещение прав собственности с правом общего пользования и каковы пределы ограничений частной собственности на дороги, если таковая существует? Вопрос этот успешно разрешается в том-же смысле, как мы видели это и по отношению к публичным водам. Частная собственность, со свойственной ей эластичностью, восстанавливается тотчас-же и повсюду, как только и где отпадает надобность в ее ограничении. Она остается, при этом, одинаковою, независимо от того, принадлежит ли государству или частным лицам: проявления ее и законодательная регулировка одинаковы³²⁾.

²⁷⁾ Strauss-Torney u. Sass о. с. стр. 51 и 147.

²⁸⁾ Hecht о. с. стр. 27; ср. Strauss-Torney u. Sass о. с. стр. 53.

Иначе определяются юридическое положение мостов через публичные реки, которые рассматриваются, как особые виды средств сообщения, а не как части публичных (Germershausen стр. 431; Straus-Torney u. Sass стр. 258).

²⁹⁾ Strauss-Torney u. Sass о. с. стр. 105.

³⁰⁾ Hawelka о. с. стр. 23, где он допускает, что даже проходные дворы (Durchhäuser), бесспорно и явно принадлежащие частным лицам, могут быть объявлены публичными путями сообщения.

³¹⁾ Прокладка рельс, водопровода, постройки на дороге (ср. Germershausen о. с. глава Privatrechte Dritter an öffentlichen Wegen, ср. Strauss-Torney u. Sass о. с. стр. 52-53; ср. также наш очерк Известия, т. I стр. 36, 44; Biermann „Die öffentlichen Sachen“ о процессе города Бреслава, оспаривавшего право установления столбов на его дорогах и др.

³²⁾ Ср. Hawelka о. с. стр. 143: „die ausschliessliche rechtliche Macht über die Sache —beim privatrechtlichen wie beim öffentlich-rechtlichen Eigentume dieselbe ist“.

Точно также и установление различного вида „особых“ прав пользования публичными дорогами производится не теми публично-правовыми организациями, которые считаются их (по О. Майеру—публично-правовыми) собственниками, а большею частью специальными органами власти. Таким образом, „публично-правовая“ собственность ничего не изменяет; мы наблюдаем и здесь обыкновенное подчинение собственности публичному режиму.

В пределах публичного назначения дорог они, действительно, подчиняются, как и воды, принудительным постановлениям компетентных органов власти. Так, напр., требования общин о взносах, предъявляемые к обязанным лицам, не допускают возражений и зачетов, как равно не представляется последним и права отказываться от участия в расходах, вследствие несогласия с целесообразностью работ³³⁾.

Публичный характер ограничений проявляется и в праве экспроприации прилегающих к дороге земель, для ее планировки (ср. § 13 а. Пусского закона 2 июля 1875 г. в редакции, установленной законом 28 марта 1918 г.), а равно в распространении ограничений для обслуживания и других, помимо общего пользования, публичных нужд, как, напр., жилищных³⁴⁾.

И принцип возмещения частным лицам ущерба, им причиняемого вследствие установления различных ограничений, обсуждается в подобных случаях применительно к правилам экспроприации, а не к частно-правовому вознаграждению за вред и убытки³⁵⁾.

Переходя к пользованию дорогами, мы должны отметить, что здесь так же, как и в отношении вод, различаются общее открытое для всех пользование и особые виды пользования.

Первое обнимает те виды пользования, которые могут совершаться на равных для всех условиях и соответствуют прямому назначению вещи; второе предполагает наличие некоторого преимущества пред прочими. К первому относится пешеходное движение, езда всех видов и другие общепринятые виды пользования дорогами; ко второму—прокладка рельсового пути, прокладка водопровода, устройство киоска, лотков и проч. Спорным казался вопрос о праве занятия места на бирже для извозчиков (Droschkenhalttestellen). Некоторые (Гермерсгаузен) полагают, что это одно из проявлений общего пользования: извозчик стоит на бирже по тому же праву, по которому он может стоять у парадной дома или у магазина, куда он привез седока. Но другие (Гавелька) указывают на то, что остановка извозчика у отдельного дома случайна, а стоянка на бирже носит характер более или менее постоянной оккупации. Право равного и открытого для всех пользования дорогами не означает, непременно, что все всегда могут пройти или проехать. Дорога может быть занята процессиею, толпою, закрыта для ремонта, но возможность пользования, и при том на равных с другими условиях, продолжает существовать, достижение определенной цели остается принципиально возможным. Таково общее поль-

³³⁾ Strauss-Torney u. Sass о. с. стр. 259 и 336.

³⁴⁾ Wohnungsgesetz 28 марта 1918 г.

³⁵⁾ Hawelka о. с. стр. 51-52.

зование. Если же предоставление возможности одному определенно лишает такой-же возможности другого до тех пор, пока первый не утратит предоставленное ему право, то здесь уже не общее пользование, а особые права (*besondere Nutzungsrechte*).

Такое понимание соотношения различных видов пользования не обосновывает, однако, отнесения биржевой стоянки извозчиков к „особым“ видам пользования. Стоянка эта может быть переносима с места на место по распоряжению властей; стоянку может воспользоваться любой извозчик, ему необходимо лишь соблюсти очередь—мы видим здесь такие же проявления урегулированного общего пользования, как и при большом движении на улице или при пользовании скамейками в саду.

Малозначительный сам по себе вопрос о биржевой стоянке извозчиков иллюстрирует значение различных точек зрения на общее пользование. Те, кто не считает общее пользование правом—чему, как мы, уже указывали, благоприятствует взгляд современного законодателя³⁶⁾, —последовательно обособляют от него виды пользования, где скольконибудь ясно проявляется правовой характер. Но, если признать, что общее пользование представляет из себя один из видов суб'ективных прав, как это соответствует, по нашему мнению, природе и историческому развитию института, то тогда не будет надобности выделять из него и такой вид пользования, как право стоянки экипажа на извозничьей или автомобильной бирже.

Разумеется, признание, что общее пользование дорогами—право, предполагает указание в законе по возможности определенного содержания его, как это имеет место в водных законах, устанавливающих допускаемые законом виды общего пользования. Отсутствие такого перечня более соответствует тому взгляду, что общее пользование не представляет из себя самостоятельного права.

Никакого сомнения не вызывает самостоятельный характер „особых видов пользования“ дорогами. Примеры этих видов пользования (различные устройства электрических, водопроводных и др. предприятий, киоски, лотки и т. п.) уже приводились. Господствующее мнение рассматривает эти виды пользования, как частные, а не как публичные права, а практика облакает акты установления этих прав в договорную форму³⁷⁾.

Как мы видели, при рассмотрении учения о концессиях (гл. IX), последние предоставляют из себя публично-правовой акт, создающий частные права. Публично-правовой акт необходим здесь потому, что устанавливается „особое“ право, не предоставленное всем и каждому и, если не ограничивающее общего пользования, то ограничивающее подобные же возможности для других. Но, по характеру различных видов пользования, и здесь надо различать полицейские разрешения (*Autorisation, Erlaubniss, Genehmigung*) от концессии (*Concession, Verleihung*).

³⁶⁾ См. гл. V, III *in fine* и характеристику общего пользования, согласно водным законам.

³⁷⁾ *Hawelka* о. с. стр. 108-131. Сам Гавелька видит и здесь только публично-правовое отношение, что не соответствует природе концессионного акта.

Остается еще упомянуть о преимущественных правах приграничных владельцев (*droits des riverains*, *Anliegerrechte*). Если им принадлежит право собственности на полотно публичной дороги, то их преимущества основываются на собственности. Если же они не собственники полотна, то их преимущества связываются с естественным их положением и компенсируют ряд особых тягот, которые возлагаются на этих владельцев³⁸).

Трудность несения некоторых тягот по содержанию в порядке дорог делает целесообразным объединение всех лиц, обремененных одинаковой повинностью, и тогда создаются дорожные товарищества: синдикальные во Франции³⁹), дорожные союзы в Германии (*Wegeverbände*)⁴⁰).

Дорожное право (распространяющееся и на площади) повторяет, таким образом, все вопросы, составляющие содержание водного права: характер прав на полотно дороги, подчинение этих прав публично-правовому режиму, характер общего пользования, права пограничных владельцев, концессии, товарищества. Но, водное право сложнее и разнообразнее, благодаря особым свойствам текучей воды и более широким возможностям ее хозяйственного использования.

Более подробное ознакомление с дорожным правом может помочь обоснованию и углублению общих точек зрения, принятых в настоящей работе, но уже приведенный короткий очерк показывает, что после изучения водного права нет основания ожидать, что право на другие предметы общего пользования может в чем-либо изменить цивилистические конструкции, связанные с общим пользованием. Изменяется, по преимуществу, содержание публично-правовых норм. Регулировка пользования дорогами, мостами, морскими берегами представляет и своеобразие в каждой отдельной области и разнообразие в законодательной системе отдельных государств, но преимущественно в части, относящейся к административному праву.

После вод, дороги представляют наиболее интересный объект общего пользования. Дорожное право имело, в частности, некоторое отношение к железным дорогам „общего пользования“. В Англии на железные дороги существовал взгляд, как на „рельсовый путь“, который, как и дорога, должен быть открыт для пользования всякому, кому он доступен. Имеющему соответствующие перевозочные средства

³⁸) Вознаграждение, уплачиваемое владельцам придорожных участков за причиняемый им убыток в случае изменения уровня улиц и т. п., рассматривается, как публично-правовое вознаграждение—компенсация за ущерб, который причиняется частным лицам, вследствие подчинения их требованиям, вытекающим из идеи общего блага. Выгоды общества не должны основываться на жертвах нескольких лиц, а компенсация, которая выдается пострадавшим, равномерно перекладывается на всех заинтересованных, в виде налогов (*Hawelka* о. с. стр. 103 сл.).

³⁹) См. выше примечание 20. О синдикальных товариществах вообще гл. VI прим. 31 и гл. VIII

⁴⁰) См. О. Мауер В. II, стр. 418-419.

не может быть отказано в праве воспользоваться рельсовым путем. Большинство современных юристов относит, впрочем, железные дороги к категории публичных имуществ фискального значения (*res in patrimonio populi*, а не *res in publico*)⁴¹).

То общее, что объединяет воды, дороги, площади и пр.—это предназначение их для общего пользования. Именно общее пользование вносит в водное и дорожное право все те особенности, которые выделяют их в системе современного права. Водное право не только исторически связано с учением о предметах общего пользования. Оно проникнуто духом солидаризации интересов, определяющей ограничения частных прав и создающей необходимость административного надзора и регулирования. Подчинение частных прав принудительному административному режиму доходит здесь до той степени, когда самое частное право перестает казаться независимым.

Даже в области неофициальных отношений (и неофициального права), напр., в частном доме, где сожительствует большое количество лиц, необходимо для общего удобства урегулированное пользование комнатами, обслуживающими общие интересы (столовою, гостиною, ванной). Составляется распорядок, которому подчиняются все заинтересованные лица. Тем более необходимо принудительное публично-правовое начало там, где происходит пользование неопределенного круга лиц и касается незаменимых хозяйственных благ первостепенного значения.

Неудивительно, что для имуществ, предназначенных быть предметами общего пользования, создается своеобразное юридическое положение. Поскольку общему пользованию могут служить и государственные (публичные в тесном смысле) имущества и частные, право на предметы общего пользования шире, чем право на одну из категорий публичных вещей⁴²).

⁴¹ См. статью проф. Гусакова в сборнике „Основные вопросы железнодорожного права“ 1925 г. стр. 24; Караджие-Искров „Публичные вещи“ В. I стр. 50-51. Действительно, общее пользование железными дорогами не носит теперь характера свободного и равного для всех пользования путями,—но предназначение железных дорог для общего пользования остается и оказывает существенное влияние на юридическое положение их (обязанность предоставления равной для всех клиентов возможности пользования услугами транспортного предприятия, недопустимость актов, противоречащих назначению дорог и пр.).

Эти особенности юридического положения железных дорог закрепляются и обобщаются, обыкновенно, концессионными условиями, но если-бы этого не было, то они вытекали бы последовательно из того общего юридического положения их, которое основывается на специальном назначении железных дорог и их принадлежности к категории публичных вещей, т. е. вещей, специально предназначенных для общего пользования (см. ниже прим. 43).

⁴² Караджие-Искров, о. с. стр. 1-2 указывает, что уже в римском праве понятие „публичный“ применялось не только в отношении имуществ „принадлежащих римскому народу“ „Павел называет публичными даже берега рек (l. 65 § 1 de A. R. D.

Под предметами общего пользования должны разумеаться все те государственные и частные имущества, которые предназначены для свободного пользования граждан.

Когда это предназначение укрепляется законом или другим публично-правовым актом, то предметы общего пользования получают название публичных в широком смысле (публичные воды, публичные дороги)⁴³).

Принадлежность вещей к категории публичных, в смысле вещей, официально предназначенных для общего пользования, влечет за собой ограничение прав их владельцев. Государство могло бы вовсе изъять эти вещи из гражданского оборота, но существование, хотя бы и ограниченных, частных прав на эти вещи только содействует, как это видно было на примере водного законодательства, более интенсивному их использованию.

Система частных прав, подчиненных сложному и детальному административному распоряжению, обеспечивающему общественные интересы, представляет новое явление—это гражданское право, материально преобразованное административным.

Этой стороной своею водное право современности обращено к будущему. Оно являет пример системы, в которой сочетаются исключительные права отдельных лиц с юридически обеспеченными общими интересами, в которой достигается солидаризация интересов собственников и неопределенного круга пользователей и объединяются усилия заинтересованных лиц, для выполнения коллективных работ и достижения общего блага.

Рядом с частною собственностью и исключительными правами эта система солидаризированного хозяйства составляет новое достижение общественной культуры и предвещает новые успехи человечества.

Гл. V. Теоретические предпосылки современного водного права

Понятие права собственности в римском и германском праве. Публичное и частное право собственности. Учение публичистов об объекте собственности. Хозяйственное право

9 (123)

Гл. VI. Французское законодательство

Водное право по признаку пригодности для судоходства

41, 1; ср. l. 3 и l. 5. D. de flum. 43, 12), которые, по господствующему учению, были собственностью береговых владельцев⁴⁴.

Указанные места в источниках подтверждают, что к категории публичных причислялись предназначенные для общего пользования вещи, даже когда они составляли собственность частных лиц (ср. выше прим. 16).

⁴³ Термин „публичный“ в этих случаях не означает принадлежности вещей государству и приобретает более широкое значение вещей, обслуживающих широкие общественные интересы.

Под названием «Общая теория вероятностей» в 1925 г. издана первая книга Л. В. Канторовича, посвященная теории вероятностей. В ней изложены основные понятия теории вероятностей, а также рассмотрены некоторые вопросы теории случайных процессов. Книга является одним из первых сочинений по теории вероятностей, написанных в СССР. Она была переведена на русский язык и издана в 1925 г. в Ленинграде. В 1925 г. Канторович опубликовал также статью «Общая теория вероятностей», в которой изложил основные принципы теории вероятностей. Эта статья была переведена на русский язык и издана в 1925 г. в Ленинграде. В 1925 г. Канторович опубликовал также статью «Общая теория вероятностей», в которой изложил основные принципы теории вероятностей. Эта статья была переведена на русский язык и издана в 1925 г. в Ленинграде.

С 1916

См. также: Канторович, Л. В. «Общая теория вероятностей». Ленинград: Издательство Ленинградского университета, 1925. 100 с. (Серия «Ленинградские университетские издания».)

См. также: Канторович, Л. В. «Общая теория вероятностей». Ленинград: Издательство Ленинградского университета, 1925. 100 с. (Серия «Ленинградские университетские издания».)

О Г Л А В Л Е Н И Е.

Стр.

Вступительный очерк. Право на предметы общего пользования (к проблеме взаимоотношений общих и частных интересов в гражданском праве). I Общее пользование в техническом смысле и его свойства. II Кому принадлежат предметы общего пользования? III Цивилистическое и публицистическое освещение института. IV Юридическое положение предметов общего пользования. V. Право участия в общем пользовании. VI. Защита прав на предметы общего пользования. Заключение. *Известия Юридического Факультета в г. Харбине. Т. I* 23—45

ЧАСТЬ I.

ОСНОВЫ ВОДНОГО ПРАВА.

Предисловие 45 (1)*)

Гл. I. Очерк развития водного права в Европе

Римское право. Средневековый период. Современное водное законодательство 48 (4)

Гл. II. Русское законодательство о водах. 76 (32)

Гл. III. Ирригационное законодательство России.

Водное право Закавказья до издания закона 1890 года. История попыток русской власти упорядочить водопользование в Закавказьи. Водное право Закавказья по закону 1890 г. Водное право в Крыму. Водное право Туркестана 87 (43)

Гл. IV. Право собственности на воды 140—160 (96—116)

ЧАСТЬ II.

СОВРЕМЕННОЕ ВОДНОЕ ПРАВО.

Введение 3 (117)**)

Гл. V. Теоретические предпосылки современного водного права

Понятие права собственности в применении к водам. Публично-правовая собственность. Учение публицистов об общем пользовании. Хозяйственное право 9 (123)

Гл. VI. Французское законодательство.

Разграничение вод по признаку пригодности для судоходства и сплава. Домэниальные реки. Несудоходные и несплавные реки. Общая характеристика 43 (147)

*) Показана нумерация страниц в „Известиях Юр. Фак. т. III, в скобках нумерация страниц в оттиках.

**) В скобках нумерация, продолжающая нумерацию оттиков первой части.

	Стр.
Гл. VII. Водные законы Германии	59 (163)
I. <i>Баварский закон 1907 года.</i> Связь закона 1907 г. с законом 1852 года. Классификация вод. Публичные воды. Частные воды. Особые виды пользования	62 (166)
II. <i>Саксонский закон 1909 г.</i> Краткая история составления водного закона. Проект 1905 г. Водный закон 1909 г.	80 (194)
III. <i>Баденские законы 1899 и 1913 г.г.</i> История водного законодательства в Бадене. Нововведения закона 1913 г. Классификация вод. Права на пользование водами. Принудительные постановления. Расширение компетенции администрации. Общая оценка закона и его конструкций.	99 (213)
IV. <i>Прусский водный закон 1913 г.</i> Основные принципы. Классификация вод и права на них. Пользование водами. Концессии и примирительный процесс. Водные книги. Права на замкнутые и грунтовые воды.	121 (235)
V. <i>Общая характеристика новейших водных законов.</i> Конструкция прав на воду в отдельных водных законах.	153 (267)
Гл. VIII. Водные товарищества Развитие законодательства о водных товариществах. Публично-правовая природа водных товариществ. Отношения института к гражданскому праву	163 (277)
Гл. IX. Право на водную энергию (белый уголь) Причины появления специального законодательства. Системы этатизма. Юридическая природа концессий на пользование водною энергиею. Законодательства индивидуалистические. Французский закон 1919 г. и теория концессий.	181 (295)
Гл. X. Водное право России накануне и после революции Реформы, проектированные до революции. Советское законодательство. Соображения de lege ferenda.	209 (323)
З а к л ю ч е н и е . Водное право и учение о собственности. Водное право и учение о предметах общего пользования. Краткий обзор дорожного права. Сочетание исключительных прав на вещи с подчинением их общему благу	226 (340)
О г л а в л е н и е	243 (357)